BEITRÄGE

ZUR

JURISTISCHEN PRAXIS.

HERAUSGEGEBEN

VON

CHRISTIAN LUDEWIG PAALZOW

CRIMINALRATH.

VIERTER BAND.

BERLIN, 1806.

BEI CHRISTIAN GOTTFRIED SCHÖNE.

Decis. 110

Chr. Ludw. STENGELS

KÖNIGL. PREUSS. JUSTIZRATHS, HOFFISCALS UND JUSTIZCOMMISSARIUS,

PRACTISCH - JURISTISCHE

AUSARBEITUNGEN.

FORTGESETZT

VON

CHRISTIAN LUDEWIG PAALZOW,

CRIMINALRATH.

SECHSTER BAND.

BERLIN, 1806.

BEI CHRISTIAN GOTTFRIED SCHÖNE.

Inhalt.

I.

Seite

Rechtsstreit die Annullirung eines Testaments und das jus accrescendi betreffend. - - - - - - - 1

1) Rechtliche Ausführung für den Lieutnant Vahrenkampf, Mitbeklagten in Sachen des Proviantmeisters Philipp Anderson, Klägers, wider die Legatarien der Wittwe Pfeil - - - - 4

2) Deductio juris, in Sachen des Proviant-Meisters Anderson Klägers, wider die verehelichte Rhode, Verklagte - - - 13

3) Deduction in Sachen des Schul-

Seite

directors Vahrenkampf, Beklagten wider den Proviant-Meister Anderson, Klägern - - - 18

4) *Deduction in Sachen des Ober-Proviant-Meisters Anderson Klägers, wider die Pfeilschen Legatarien, Beklagte* - - - 25

5) *Erkenntniſs erster Instanz* - 32

6) *Deductio in Appellatorio für den Lieutnant Vahrenkampf, Beklagten jetzt Appellanten, wider den Proviant-Meister Anderson und Consorten Klägere* - - 48

7) *Deduction in Sachen des Schuldirectors Vahrenkampf, Beklagten jetzt Appellanten, wider die verehel. Langen, Mitbeklagte jetzt Appellatin* - - - - 53

8) *Deductio in Sachen des Proviantmeisters Anderson, Klägers und Appellanten, wider die Pfeilschen Legatarien, Beklagte und Appellaten* - - - - 62

9) *Gegen-Deduction in Sachen des Schuldirectors Vahrenkampf, Beklagten wider den Proviantmeister Anderson, Klägern* - - 68

10) *Appellations-Urtel* - - 73

Seite

11) *Deductio in Revisorio für den Lieutnant Vahrenkampf, Beklagten und Revidenten, wider die verehelichte Geheime Secretair Lange* - - - - - 89

12) *Revisions-Erkenntniſs* - - 96

II.

Kann ein Mit-Erbe seinen Antheil an einem in seiner Minderjährigkeit veräussertem Gute, nach erlangter Groſsjährigkeit vindiciren? - - 98

1) *Rechtliche Ausführung in erster Instanz für die verehelichte Kaufmännin Kaphengst, gebohrne Troll in Wittstock, in Beistand ihres Ehemanns, Klägerin, wider die Gemeine zu Biesen, Beklagtin* - 100

2) *Rechtliche Ausführung erster Instanz für die Gemeine zu Biesen, Verklagtin, wider die Kaphengstschen Eheleute zu Wittstock Kläger, imgleichen die Wittwe Troll eben daselbst* - - - - 109

3) *Urtel erster Instanz* - - 119

4) *Appellations-Bericht und resp. Deduction für die verehelichte*

Seite

Kaphengst, gebohrne Troll, Klägerin und Appellantin, wider die Gemeine zu Biesen, Verklagte und Appellatin - - - 138

5) *Appellations - Bericht und resp. Deduction für die Gemeine zu Biesen, Verklagte und Appellantin, wider die vereheliche Kaphengst, gebohrne Troll, Klägerin und Appellatin* - - - 144

6) *Schluſs - Bericht in zweiter Instanz für die verehelichte Kaphengst gebohrne Troll, Klägerin, jetzt Appellatin, wider die Gemeine zu Biesen, Verklagte und Appellantin* - - - - - 157

7) *Gegen- Deduction in Sachen der verehelichten Kaphengst, Klägerin und Appellantin, wider die Gemeine zu Biesen, Verklagte und Appellatin* - - - - - 161

8) *Erkenntniſs des Ober - Appellations - Senats des Kammergerichts* 166

9) *Rechtliche Ausführung für die verehelichte Kaphengst, Klägerin, jetzt Revidentin, wider die Gemeine zu Biesen, Beklagtin, jetzt Revisin* - - - - 177

Seite

10) *Rechtliche Gegenausführung dritter Instanz für die Gemeine zu Biesen, Verklagte und jetzt Revisin, wider die Kaphengstsche Eheheute, Kläger und Revidenten* - - - - - - 183

11) *Revisions- Urtel* - - - 197

III.

Stehen dem Königl. Haupt- Eisen- Comtoir jura Fisci zu? - - - - - - 199

1) *Appellations- Urtel* - - 205

2) *Nähere Rechtfertigung des Declarations- Gesuchs, oder der Revisions- Beschwerden wegen der Zinsen, während des Concurses, in Sachen des Officii Fisci, modo des Königl. Haupt- Eisen- Comtoirs, Revidenten und der Königl. Bergwerks- und Hütten- Administration, gleichfalls Revidenten und Intervenienten, wider den Stammerschen Curatorem Concursus und Concreditores, Revisen und Interventen* - - 210

3) *Gegen- Ausführuug der Gerecht-*

Seite

samen der Stammerschen Creditoren dritter Classe in Revisorio, in Sachen des Haupt-Eisen-Comtoirs, Coliquidanten, Appellanten, jetzt Revidenten, wider sie, Appellaten, jetzt Revisen - - - - - - 215

4) *Rechtliche Ausführung dritter Instanz in der Concurssache des Kaufmanns Friedrich Eberhard Stammer für die Stammerschen Gläubiger, Liquidanten, jetzt Revidenten, wider das Königliche Haupt-Eisen-Comtoir und die Königl. Bergwerks- und Hütten-Administration, Coliquidanten, Revisen nnd resp. Intervenienten* - - - - - - - 220

5) *Gegen-Revisions-Deduction in Sachen des Officii Fisci, modo des Königl. Haupt-Eisen-Comtoirs Liquidanten, jetzt Revisen und der Königl. Bergwerks- und Hütten-Administration, gleichfalls Liquidanten, Revisen und Intervenienten, wider den Curatorem Concursus des gewesenen Rendanten Stammer und dessen*

Seite

Concreditores, Coliquidanten, jetzt Revidenten - - - 246

6) *Urtel des Tribunals* - - - 269

7) *Kabinets-Rescript* - - - 270

IV.

Die Gemeinde zu Carow verlangt die Hütungsgerechtigkeit auf einer dem Amte Niederschönhausen gehörigen Wiese - - - 274

1) *Deduction in Sachen der Gemeinde zu Carow, Klägerin, wider das Domainen-Amt Niederschönhausen, Beklagte* - - 276

2) *Ausführung der Gerechtsame des Fiscus nomine des Domainen-Amts Schönhausen, Verkl. wider die Gemeine zu Carow, Klägerin* 280

3) *Bescheid in Sachen der Gemeinde zu Carow Klägerin, wider das Domainen-Amt Niederschönhausen, in Assist. Fisci, Verkl.* - 285

4) *Appellationsbericht in Sachen des Domainen-Amts Niederschönhausen Verkl. und Appellanten, gegen die Gemeinde zu Carow, Klägerin und Appellatin* - - 289

Seite

5) *Gegen-Deduction in Appellatorio in Sachen der Gemeine zu Carow, Klägerin, jetzt Appellatin, wider den Fiscum, Verklagten und Appellanten* - - - 298

6) *Appellations-Erkenntniſs* - 302

7) *Deductionsschrift* - - - 310

8) *Revisions-Erkenntniſs* - - 312

I.

Rechtsstreit die Annullation eines Testaments und das jus accrescendi betreffend.

Der Rendant Johann George Pfeil starb im Jahr 1791 ohne Leibes-Erben mit Hinterlassung eines mit seiner Ehefrau Louisa Wilhelmina Vahrenkampf errichteten wechselseitigen Testaments, eingereicht beim hiesigen Hausvogteygericht am 24. Jun. 1791 in welchem er

> seine vorgenannte Ehefrau zur Universal-Erbin seines gesammten Mobiliar-Nachlasses eingesetzt, in Ansehung seines Immobiliarvermögens aber, welches aus zweien, in Cölln am Wasser stehenden Häusern bestand, ihr den lebenslänglichen

Nieſsbrauch derselben vermacht, auf den Todesfall aber,

1) seinen Halbbrudersohn, den Feldproviantmeister Philipp Gabriel Anderson zu Königsberg in Preuſsen und die Verwandten seiner Ehefrau,

2) Anna Henrietta, gebohrne Vahrenkampf, verehl. Ober-Castellanin Rhode,

3) zwey Töchter des zu Gollnow verstorbenen Diaconi Vahrenkampf

a) Maria Sophia und

b) Helena Sophia Vahrenkampf, verheirathet an den Geh. Exp. Secretair Lange vom 2. Departement des Ober-Kriegs-Collegiums,

derselben dergestalt Fideicommissarisch substituirt, daſs jedes Individuum zu einem Viertel von diesem Immobiliar-Vermögen participiren solle.

Die Rendantin Pfeil trat die Erbschaft ihres Ehemanns ex Testamento an, und war im Besitz derselben bis im März 1801, wo sie starb.

Nach dem Tode des Testatoris war aber auch eine von den substituirten Erbinnen, die Maria Sophia Vahrenkampf verstorben. Die Wittwe Pfeil hatte mehrere Jahre vor ihrem Ableben, am 23. Jan. 1797. bei dem Hauſsvogteygericht ein Teſtament deponiert, in welchem sie

die Anna Henrietta Vahrenkampf verehl. Rhode zur Universal-Erbin ihres Vermögens ernannte, dabey aber in Rücksicht des Antheils, welcher der Maria Sophia Vahrenkampf nach ihrem, der Testatricin Tode an den Häusern gebührt haben würde, in der Ueberzeugung, daſs derselbe ihr bereits zugefallen wäre, dergestalt verfügte, daſs sie

1) ein Drittheil von diesem Antheile ihrer Universal-Erbin, der verehlichten Rhode
2) ein Drittheil dem Kriegs- und Domänenrath Scheering zu Stettin, und
3) ein Drittheil den Geschwistern der verstorbenen Vahrenkampf,
   a) dem Artillerie-Lieutenant Gottlieb Vahrenkampf
   b) dem ehemaligen Rendanten, jetzt Schuldirector Christian Friedrich Vahrenkampf, (erstern zu Königsberg in Preuſsen, letztern zu Gummenbach)
   c) der Helena Vahrenkampf jetzt verehl. Geh. Secretair Lange

legierte. Die verehl. Rhode trat nach dem im Jahre 1801 erfolgten Tode der Testatricin die Erbschaft ex testamento an.

Dieses Testament ward nun von dem Proviantmeister Anderson in Königsberg, welchem ¼ dieser Häuser in dem Testamente des Ehe-

manns vermacht ist, als ungültig am 28. Jan. 1802 angefochten und gründete er sich vornehmlich auf das ihm als Collegatario zustehende jus accrescendi, welches ihm die Wittwe Pfeil als bloſse Nutznieſserin nicht habe entziehen können.

Rechtliche Ausführung
für den Lieutnant Vahrenkampf, Mitbekl. in Sachen des Proviant-Meisters Philipp Anderson, Klägers, wider die Legatarien der Wittwe Pfeil.

Die Pfeilschen Eheleute übergaben am 24. Jun. 1791 dem Hauſsvogteygericht ein Testamentum reciprocum worin die damals verehelichte Pfeil, Louisa Wilhelmina gebohrne Vahrenkampf auf den Ueberlebungsfall zur Universal-Erbin eingesetzt war. Jedoch hatte ihr der verstorbene Pfeil in Rücksicht seiner Immobilien, welche in zweien in Cölln belegenen Häusern bestanden, Fideicommissarisch substituirt und zwar in der Art, daſs seine Ehefrau, so lange sie lebte, den Nieſsbrauch von diesen Häusern ziehen, nach ihrem Tode aber dieselben,

1) an seinen Halbbruder-Sohn, den jetzigen Feldproviantmeister Philipp Gabriel Anderson zu Königsberg in Preuſsen

2) an die Anna Henrietta gebohrne Vahrenkampf, jetzt verehl. Ober-Castellanin Rhode,

3) an die Maria Sophia Vahrenkampf,

4) an die Helena Sophia Vahrenkampf, jetzt verehl. an den Geh. expedir. Secretair Lange (welche beyde letztern die Töchter des zu Gollnow verstorbenen diaconi Vahrenkampf sind,

fallen sollten.

In demselben Jahre noch, starb der Rendant Pfeil; das reciproque Testament ward am 4. November 1791 publicirt, und seine hinterlassene Wittwe trat die Erbschaft ex testamento an. Nach dem Tode des Pfeil verstarb auch die ad 3. genannte Fideicommissarische Erbin Maria Sophia Vahrenkampf ab intestato und nun errichtete die Wittwe Pfeil ein eigenes Testament, welches sie am 23. Jan. 1797 ebenfalls dem Hausvogteygericht übergab. In der Voraussetzung, daſs der durch den Tod der Maria Sophia Vahrenkampf destitut gewordene Antheil derselben an den Immobilibus ihres verstorbenen Ehemanns Pfeil ihr als Universal-Erbin desselben jure accrescendi anheim gefallen sey, hatte sie im Testamente folgende Bestimmungen darüber getroffen und davon

1) der verehlichten Rhode gebohrne Vahrenkampf $\frac{1}{3}$

2) den Scheeringschen Geschwistern zu Stettin $\frac{1}{3}$

3) a) dem ehemaligen Rendanten, jetzigen Landschul-Director Vahrenkampf

b) dem Artillerie-Lieutnant Vahrenkampf

c) der Helena Sophia Vahrenkampf, jetzt verehl. Lange zusammen $\frac{1}{3}$

vermacht.

Der Proviantmeister Anderson behauptet nun, dafs die Wittwe Pfeil über den destitut gewordnen Antheil der Maria Sophia Vahrenkampf an den Immobilibus des Pfeil zu testieren nicht berechtigt gewesen, — dieser Antheil vielmehr den Collegatariis des Pfeil verhältnifsmäfsig, und daher ihm zu einem Drittheil ex jure accrescendi zugefallen sey. Er hat daher darauf angetragen,

das Testament der Wittwe Pfeil ad hunc Passum zu annulliren und ihm von dem Antheil an den Immobilibus des Pfeil, welchen die Maria Sophia Vahrenkampf, falls sie am Leben geblieben wäre, erhalten hätte, $\frac{1}{3}$ zuzuerkennen.

Es kann nun keinem rechtlichen Zweifel un-

terworfen seyn, dafs die Entscheidung des vorliegenden Falls aus dem römischen Rechte müsse genommen werden; dann das Testamentum reciprocum der Pfeilschen Eheleute wurde im Jahr 1791 den Gerichten übergeben, und in demselben Jahre erfolgte auch das Ableben des, Pfeil und die Publication des Testaments. Nicht allein die Form des Testaments, sondern auch der Anfall der Erbschaft daraus, mufs nach dem zu der Zeit geltenden Rechte beurtheilt werden, und diefs war notorisch das römische Recht.

Nun ist es aber ebenfalls eine bekannte Sache, dafs die Fideicommissa particularia seu Singularia vom Justinian den Legatis völlig gleich gesetzt sind, und dafs beyde einerley Rechte und Wirkungen haben.

> Necessarium esse duximus omnia legata fideicommissis exaequare, ut nulla sit interea differentia, sed quod deest legatis, hoc repleatur ex natura Fideicommissorum, et si quid amplius est in legatis, per hoc crescat fideicommissorum natura.

§. 3. Instit. de Legatis.

Hiermit stimmt auch

L. 2. Cod. Commun. de Legatis.

Bei Vermächtnissen erwirbt nun der Legatarius gleich vom Todestage des Testatoris ein Recht

auf die vermachte Sache (Dies cedit morte testatoris)

L. Un. Cod. de Cad. Toll.

Sobald daher der Legatarius den Testator auch nur um eine Minute überlebt: so erwirbt er das Legat, und überträgt sein Recht seinen Erben.

Da nun in facto darüber kein Zweifel ist, daſs die Maria Sophia Vahrenkampf den Testator wirklich überlebt habe: so ist ihr das Vermächtniſs auch wirklich anheim gefallen, und daher durch ihren nachherigen Todt gar nicht destituirt geworden, sondern ihren anderweitigen Erben deferiret worden.

Es macht nun offenbar keinen Unterschied, daſs das Vermächtniſs erst nach dem Tode der instituirten Erbin ausgezahlt worden, oder daſs diese während ihres Lebens den Usumfructum davon ziehen sollte, und das Legatum ist in dieser Rücksicht als purum, wenn gleich ex die hinterlassen anzusehen: denn es wird kein vernünftiger Mensch daran zweifeln, daſs es ein Legatum purum wäre, wenn es z. B. hieſse:

dem A. vermache ich mein Hauſs, jedoch soll B. lebenslänglich den Usumfructum haben:

Daſs nun die Person als instituirte Erbin mit B. hier eine und dieselbe Person ist, kann im We-

sentlichen keinen Unterschied machen. Wenn nun im Fall A. den Todesfall des B. nicht erlebte, doch die Erben des A. unbedenklich das ihnen ausgesetzte Vermächtnifs acquiriren würden: so müssen auch jetzt die Erben der Maria Sophia Vahrenkampf das derselben ausgesetzte Legat ebenfalls acquiriren.

Diefs ist offenbar der Sinn der Gesetzesstelle, wo die Vermächtnisse den Fideicommissen gleichgesetzt sind: denn wenn man diefs vorliegende Fideicommis für ein Legatum, bei welchem der Dies zur Bedingung gemacht wäre, ansehen wollte: so hätten überall die Fideicommisse nicht überhaupt den Legaten, sondern nur solchen Legaten können gleich gemacht werden, wobey der Dies als Bedingung hinzugefügt ist, weil es bei allen Fideicommissen ungewifs ist, ob der Fideicommissarius den Tag an welchem die Erbschaft oder das Vermächtnifs, ihm ausgehändigt werden soll, erleben werde.

Ganz gleiche Grundsätze hat hierüber auch das Allgem. L. R. angenommen. Man mag den Fideicommissarius für einen wirklichen Erben oder für einen Legatarius ansehen: so wird er zu Folge der

§. 367. u. 368. Tit. 9. Th. 1. und
§. 288. Tit. 12. Th. 1.

mit dem Todstage des Erblassers, Eigenthümer des ihm ausgesetzten Vortheils. Ja der

§. 467. ejusd. Tit.

sagt, daſs der Erbe oder dessen Erben an den fideicommissarischen Substituten oder dessen Erben bei eintretendem Substitutionsfall die Sache etc. etc. ohue den geringſten Abzug herausgeben sollen. Das Gesetz kann nicht klarer seyn, und paſst gerade auf den vorliegenden Fall.

Sollte nun trotz der angeführten zwey klaren Gesetze, der künftige Richter der Meinung seyn, daſs die Maria Sophia Vahrenkampf den ihr ausgesetzsen Antheil an den Immobilibus des, Pfeil bei dessen Tode noch nicht erworben habe, und dieser Antheil wirklich destituirt geworden sey: so ist es wiederum leicht aus den Gesetzen zu erweisen, daſs dieser Antheil jure accrescendi eher der instituirten Erbin als den übrigen Legatarien zugefallen, und daſs in diesem Falle die Disposition der Wittwe Pfeil darüber zu Recht beständig sey.

Denn der Testator Pfeil hat zwar sämmtlichen Substituten ein und dieselbe Sache vermacht; jedoch jedem einen besondern Theil davon ausgesetzt. Sie können daher als Legatarii re conjuncti nicht angesehen werden. Noch weniger aber sind sie verbis conjuncti, da er die Substituten, ohne irgend ein Verbindungs-

Wort nach der Reihe im Testament aufgezählt hat. Uebrigens findet bey den bloſs verbis conjunctis bekanntermaſsen das jus accrescendi gar nicht einmal Statt. Daſs die Substituten des Pfeil aber als re conjuncti nicht können angesehen werden, dafür spricht

§. 8. Inst. de Legatis.

Hiermit stimmt auch das

Allgem. L. R. §. 368. Tit. 12. Th. 1.

Nur in dem Fall soll das Jus accrescendi Statt finden, wenn eine Sache mehrern Legatarien ungetheilt vermacht ist. Dieſs ist aber hier gar nicht der Fall.

Da nun weder nach dem römischen Rechte, noch nach dem Allgemeinen Landrechte in diesem Falle den übrigen Legatariis das Jus accrescendi zusteht: so muſs auch der Antheil der Maria Sophia Vahrenkampf, wenn er wirklich destitut geworden seyn sollte, an die Erbschaftsmasse zurückfallen. Und wenn dieſs ist: so konnte auch die instituirte Erbin, die Wittwe Pfeil, rechtsgültig darüber testiren.

Es ist daher

1) erwiesen, daſs der Antheil der Maria Sophia Vahrenkampf an den Immobilibus des Pfeil nicht destitut geworden sey, sondern, daſs sie ihn auf ihre Inte-

stat - Erben übertragen habe. Diese aber sind,

1) die verehl. Geheime Secretair Lange,
2) der Laneesschulendirector Vahrenkampf,
3) mein Mandant, der Lieutnant Vahrenkampf als die hinterlassenen Geschwister der Maria Sophia Vahrenkampf.

In diesem Falle erhält daher mein Mandant $\frac{1}{3}$ dieses Antheils.

2) Ist erwiesen, daſs falls dieser Antheil als destitut angesehen werden sollte, die Disposition der Wittwe Pfeil darüber zu Recht beständig sey, und in diesem Falle erhält mein Mandant $\frac{1}{9}$ des Antheils.

Beydes seit dem Todestage der Wittwe Pfeil mit allen Nutzungen und Zinsen von dem resp. $\frac{1}{3}$ oder $\frac{1}{9}$, weil seit dieser Zeit mein Mandant Eigenthümer seines Antheils wurde, und der bisherige Besitzer oder Erbe in mora war.

Auf jeden Fall aber ist die Klage des Anderson ganz unstatthaft, und daher trage ich auch darauf an:

den Kläg. abzuweisen cum expensis; vielmehr meinem Mandanten $\frac{1}{3}$ eventualiter $\frac{1}{9}$ von dem Antheil der Maria Sophia Vah-

renkampf an den Pfeilschen Häusern mit der darauf fallenden Nutzung seit dem Todestage der Wittwe Pfeil zuzuerkennen.

Ich ersterbe in tiefster Devotion

Ew. Königl. Majestät

Berlin d. 3. Dec. 1802.

allerunterthänigster

Knack.

Deductio Juris
in Sachen des Proviant-Meisters Anderson Klägers, wider die verehlichte Rhode, Verklagte.

In dem den Partheien am 1. Nov. c. zugefertigten Statu Conterversiae ist die Species facti ganz richtig vorgetragen worden. Es kommt daher nur auf die Entscheidung der in dieser Verhandlung gleichfalls aufgeworfenen Rechtsfragen an, und darunter ist die Frage die erste und vorzüglichste:

ob die verstorbene Wittwe Pfeil, gebohrne Vahrenkampf über die Erb-Portion der vor ihr mit Tode abgegangnen in dem Pfeilschen Testamento reciproco von 1791 ihr fidetcommissarisch substituirten unver-

ehelichten Maria Sophia Vahrenkampf letztwillig zu verfügen, befugt gewesen sey?

Daſs das Testamentum reciprocum eine fideicommissarische Substitution enthalte, leidet keinen Zweifel. Der Rendant Pfeil verordnet darin, daſs seiner Ehefrau nach seinem Ableben sein gesammtes Vermögen zufallen, derselben jedoch ratione Immobilium die in dem Testamente genannten vier Personen fideicommissarisch substituirt seyn sollten. Dagegen setzt ihn seine Ehefrau gebohrne Vahrenkampf auf den Fall des frühern Absterbens gleichfalls zum Erben ein. Beyde Testatoren sagen im Eingang ihres gegenseitigen Testaments auch ausdrücklich, daſs sie über ihr beyderseitiges Vermögen disponireu wollten. Dieſs und daſs das Testament vor Publ. des Allgem. L. R. errichtet worden ist, und folglich nach dem Publ. Patent vom 5. Febr. 1794. Art. 11. nach dem gemeinen Rechte beurtheilt werden muſs, — vorausgesetzt; — so hat die affirmative Beantwortung der obigen Frage auch nicht das mindeste Bedenken.

Denn das Erbrecht der vor der Wittwe Pfeil verstorbenen Maria Sophia Vahrenkampf trat erst mit dem Tode der Wittwe Pfeil ein. Nun ist aber in Absicht dieser un-

verehelichten Vahrenkampf die Condition nicht eingetreten, unter welcher sie zum Besitz des vierten Theils des Pfeilschen Immobiliar-Vermögens gelangen sollte; sie hat den Tod der Wittwe Pfeil nicht erlebt.

Das gemeine Recht disponirt auf den Fall, wenn der heres Fideicommissarius vor dem herede fiduciario mit Tode abgegangen, wenn er, wie sich von selbst versteht, das Ableben des Fideicommittenten erlebt hat, — daſs seinen Erben das Fideicomniſs nicht prästirt zu werden braucht, sondern daſs selbiges auf den heredem Fiduciarium übergeht, wenn dem Fideicommissario niemand substituirt worden ist.

So ist in der Sache der Bockschen Erben wider den Hofrath Michaelis per duas conformes des Kammergerichts vom 15. Sept. 1766 und 15. März auf dem Grund des L. 25. Pr. dig. ad Sct. Trebell. erkannt worden.

Hymmens Beiträge B. 1. S. 65.

Es liegt dieſs auch in der Natur der Sache und wird noch durch andere als die gedachten positiven Gesetze des gemeinen Rechts begründet. Denn da das Ableben des heredis fiduciarii erst der Tag ist, an welchem das Recht des Fideicommissarii eintritt: so können dessen Erben auch nicht in dem Falle Rechte erwerben, wenn ihr Erblasse diesen Tag nicht erlebt hat. Man

mufs überdiefs annehmen, dafs der Fideicommittent eher den heredem fiduciarium, als die Erben des Fideicommissarii, die ihm sehr wohl ganz unbekannt seyn können, werde haben begünstigen wollen, auch ist auf jeden Fall in casu concreto ein Fideicommissum conditionate vorhanden, wo ratione der Maria Sophia Vahrenkampf die Bedingung sine qua non nicht eingetreten ist.

Si cum heres morietur legetur. conditionale legatum est.: denique vivo herede defunctus legatarius ad heredem non transfert.

L. 4. Dig. Quando Dies legator. vel Fideicommiss. cedat.

L. 13. ibid.

Diese Gesetze und das obgedachte Praejudiz. in den Hymmschen Beyträgen lassen gar keinen Zweifel übrig, dafs das Erbtheil der Maria Sophia Vahrenkampf an die Wittwe Pfeil, welche ursprünglich darüber frey verfügen konnte, zurückgefallen sey, und dafs sie folglich darüber auch in der geschehenen Art letztwillig disponiren können. Die Erbportion qu. mufs daher in Gemäfsheit des von der Wittwe Pfeil errichteten Testaments vom 18. Aug. 1796. unter den darin aufgeführten Erbinteressenten vertheilt werden, und der Kläger Anderson hat solchem nach darauf nicht Anspruch zu machen.

Nur

Nur in dieser Art muſs daher der gegenwärtige Prozeſs entschieden werden, um so mehr als auch das Allgem. L. R.

Th. 1. Tit. 12. §§. 55. und 57.

dieser Decision beitritt.

Die dieser Entscheidung zuwider lauffenden Anträge der übrigen Interessenten haben durchaus nichts für sich und die verehelichte Rhode modo die Schaeringschen Geschwister tragen darauf an:

das von der Wittwe Pfeil errichtete Testament vom 18. Aug. 1796. für rechtsbeständig zu erklären, und in Folge dessen die durch das Ableben der unverehelichten Maria Vahrenkampf vacant gewordene Erbportion nach der Bestimmung des gedachten Testaments zu vertheilen, eventualiter aber ihnen die qu. Erbportion mit dem Kläger und der verehelichten Lange zu gleichen Theilen zuzuerkennen, auch den, oder diejenigen in die Kosten des Prozesses zu verurtheilen, welche wider diesen Antrag die Entscheidung des Prozesses verlangt haben.

Berlin d. 4. Dec. 1802.

Nobiling.
Mandatar. der verehel.
Rhode.

Deduction
in Sachen des Schuldirectors Vahrenkampf, Bekl. wider den Proviantmeister Andersson, Kläger.

Nach dem Testamento reciproco der Pfeilschen Ehelente vom 24. Jun. 1791 wurde der überlebenden Gattin bloſs der Nieſsbrauch der zum Nachlaſs gehörigen beyden Häuser lebenslänglich überlassen, beyde Häuser aber vier nahmhaft gemachten Verwandten als ein Legat dergestalt vermacht, daſs sie in den Naturalbesitz dieser Häuser nach dem Ableben der Usufructuariae kommen sollten. Der Rendant Pfeil starb auch wirklich zuerst, und die Wittwe trat die Erbschaft nach dem Testamente an. In der Folge starb auch eine der Legatarien, die Maria Sophia Vahrenkampf und es frägt sich nur blos,

> wem nun deren Erbrecht zum vierten Theil an den beyden Häusern zugefallen, ob dem nächsten Verwandten, oder aber den übrigen drei Collegatarien?

Daſs die Wittwe Pfeil zu keiner Testamentarschen willkührlichen Disposition über diese beyden Häuser oder aber über den Antheil der verstorbenen Vahrenkampf, berechtigt gewesen seyn könne, versteht sich von selbst, da sie über

die beyden Häuser kein Eigenthumsrecht, sondern blos den lebenslänglichen Nieſsbrauch hatte, mithin auch über die Substanz dieser Häuser weder unter Lebendigen, noch von Todes wegen verfügen konnte.

Es bleibt daher nur noch übrig darzuthun:

daſs die Maria Sophia Vahrenkampf ihren Antheil an den beyden Häusern auf ihre Geschwister, als ihre nächsten Intestaterben vererbt habe.

Darüber sind beyde Theile einig, daſs die verstorbene Vahrenkampf in dem Testament vom 24. Jun. 1791. der verehelichten Pfeil in Rücksicht der beyden Häuser fideicommissarisch substituirt ist. Es ist auch darüber kein Streit, daſs der Testator, der Rendant Pfeil, noch vor der substituirten Erbin verstorben, und daſs daher letztere den Testator überlebt habe. Nun frägt es sich blos,

welche Grundsätze stellt das gemeine Recht in Rücksicht der Erwerbung der Fideicommisse und Legate auf?

Die Gesetze lassen hierüber keinen Zweifel übrig, indem in einem besondern Abschnitt des Corporis Juris Romani

Quando dies legatorum vel fideicommissorum cedat Libr. 36. Tit. 2. digestorum

festgesetzt wird, daſs ein Legatum vel fideicommissum purum, von dem Legatario oder Fideicommissario mit dem Todestage des Erblasses erworben werde, und daſs es daher nichts weiter bedürfe, als daſs der Legatarius oder Fideicommissarius den Testator überlebe.

Hellfeldt Jurisprud. forens. §. 1595.

Im vorliegenden Falle ist es ja unbestritten, daſs die verstorbene Vahrenkampf später als der Testator Rendant Pfeil verstorben, und da die Wittwe, welcher die unverehelichte Vahrenkampf mit substituirt war, das Testament agnoscirt und dem gemäſs die Erbschaft angetreten hat: so erwarben auch sämmtliche Fideicommissarien für sich das Recht bei dem Ableben der Wittwe Pfeil die beiden Häuser als ein Fideicommissum singulare aus dem Nachlasse zu fordern. Mit dem Todestage des Rendanten Pfeil entstand daher sämmtlichen Fideicommissarien ein Jus quaesitum auf die beiden Häuser, und dieses Recht wurde ihnen um so mehr zugesichert, als die Wittwe Pfeil sich der Testamentarischen Verfügung unterwarf, und in dem Genusse des ganzen Nachlasses lebenslänglich zu bleiben wählte. Es kam, da mit dem Todestage des Rendanten Pfeil das Recht auf die beiden Häuser von den Fideicommissarien erworben würde, nichts mehr darauf an, ob auch

sämmtliche substituirte Erben das Ableben der Wittwe Pfeil erleben würden, indem wohl erworbene Rechte alsdenn schon, so wie jedes Recht des Eigenthums, auf die Erben übergehn. Die Maria Sophia Vahrenkampf transferirte daher ihren Antheil an den beiden Häusern auf ihre Intestaterben, und diese treten nun bei dem Ableben der Wittwe Pfeil an ihre Stelle, und percipiren den vierten Theil an diesen Häusern.

Der Testator hatte den substituirten Erben keine Bedingung hinzugefügt, sondern ihnen das Fideicommissum singulare, welches mit dem Legat nach einerley Grundsätzen beurtheilt wird,

§. 5. Instit. de Legat.

L. C. Commun. de Legat.

pure hinterlassen. Er verordnete dabey, daſs die Fideicommissarien den Genuſs und den Besitz der beiden Häuser lebenslänglich der Wittwe lassen, und daher nach dem Ableben derselben erst den Naturalbesitz derselben erwerben sollten. Unter diesen Umständen heiſst es nach der Rechtstheorie cessit dies morte demum conjugis superstitis; das heiſst die Fideicommissarien erwerben das Successionsrecht mit dem Ableben des Testators des Rendant Pfeil, aber den wirklichen Gebrauch davon können sie erst nach dem Ableben der Wittwe machen.

L. 213. Dig. de Verborum Signif.

Dafs also ein dies, nehmlich das künftige Ableben der Wittwe Pfeil den Fideicommissarien abzuwarten festgesetzt worden, hinderte gar nicht dieselben dennoch das Recht auf die beiden Häuser schon mit dem Ableben des Testators zu erwerben; aber sie konnten den Besitz vor dem Ableben der Wittwe nicht verlangen. Die Gesetze disponiren über den einer testamentarischen Disposition hinzugefügten Dies sehr deutlich und verordnen, dafs wenn der Dies ein dies certus ist, das heifst dessen Eintretung gewifs ist, alsdann auch das Recht von den Legatarien und Fideicommissarien erworben werde, wenn sie auch schon dieses Recht noch eine gewisse Zeit hindurch nicht exerciren können.

L. 23. Dig. Quando dies Legat.

> Si dies adposita legato non est, praesens debetur, aut confestim ad eum pertinet, cui datum est, adjecta quamvis longa sit; si certa est, veluti Calendis Januarii centesimis, dies quidem legati statim cedit; sed ante diem peti non potest.

Dieses Gesetz entscheidet den vorliegenden Fall sehr klar. Der Testator hatte einen longam diem den Fideicommissarien, nehmlich das Ableben seiner Frau, gesetzt, ehe sie zum Genufs des Legats kommen sollten; allein dieser Dies ist

eben so ein dies certus, als das im Gesetz gewählte Beyspiel, nehmlich die Calendae Januarii contesimae: denn so gewiſs es ist, daſs dieser Tag dereinst eintritt, eben so gewiſs war es, daſs die Wittwe Pfeil dereinst sterben würde. Und demnach verordnet das Gesetz, daſs bei einem solchen hinzugefügten die certo das Recht auf das Legat so gleich erworben werde, obgleich das Legat selbst erst mit dem Eintritt des gesetzten Tages, nehmlich hier mit dem Ableben der Wittwe Pfeil, verlangt werden konnte: denn es heiſst

dies quidem legati statim cedit: sed ante diem peti non potest.

Die Maria Sophia Vahrenkampf hatte nun zwar das Ableben der Wittwe Pfeil nicht erlebt, und sie hat daher nie den Besitz des Legats selbst verlangen können; aber sie hatte doch den Testator, den Rendanten Pfeil überlebt, sie hatte mithin das Recht auf das Legat bereits erworben;

Cessit enim ei dies Legati,

und dieses Recht hat sie also, wie alle Transmissionsrechte, auf ihre Intestaterben verebt, die daher jetzt, wo der Dies abgelaufen ist, indem auch die Wittwe Pfeil verstorben, an ihre Stelle treten, sie repraesentiren und mithin an ihrer Statt den Antheil der Häuser percipiren. Ich wie-

derhole daher hiermit Nahmens des Schuldirectors Vahrenkampf, welcher ein Bruder und nächster Mitintestaterbe der verstorbenen Vahrenkampf ist, dessen sehr rechtlichen Antrag, zu erkennen,

dafs das Erbtheil der nach dem Rendanten Pfeil verstorbenen Maria Sophia Vahrenkampf nach der gesetzlichen Erbfolge, auf deren nächsten Erben verfallen und mithin hievon dem Schuldirector Vahrenkampf der dritte Theil nebst der seit dem Todestage der Wittwe Pfeil von dem Besitzer der Häuser, gezogenen Nutzung gebühre, und hiernach den Kläger unter Tragung und Erstattung der Kosten mit seinem Antrage abzuweisen.

Denn dessen Antrag, dafs ihm das Erbtheil der Maria Sophia Vahrenkampf, jure accrescendi zugefallen sey, ist sehr unstatthaft. Das Jus accrescendi bei Vermächtnissen findet ja nur da Statt, wo bei Legatariis conjunctis ein Collegatarius wegfällt, ehe er seine Portion erworben hat. Hier ist aber die Maria Sophia Vahrenkampf, erst nach dem Erblasser, Rendanten Pfeil verstorben; sie hatte daher ihre Portion bereits acquirirt und transmittirte daher auch solche auf ihre Erben. Sehr klar verfügt diefs

L. 5. pr. Dig. Quando dies legatorum, Si post diem legati cedentem legatarius decesserit, ad heredem suum transfert legatum.

Die Transmission des Legats erfolgt daher schon, so bald nur Dies legati cesserit, wenn auch der Legatarius das Legat selbst noch nicht im Besitz gehabt: dann das Recht auf das Legat, so bald es kein Legatum personale est, ist ein Jus transmissibile und geht so wie alle übrigen Rechte auf die Erben.

Hellfeldt Jurisprud. Forens. §. 1595.

Hiermit also ist es keinem Bedenken unterworfen, daſs die Maria Sophia Vahrenkampf ihren Antheil an den beiden Häusern auf ihre Geschwister vererbt habe, und daſs diese jetzt bei der Perception des Legats, diejenige Portion cum fructibus percipiren, welche jene, wenn sie noch lebte, erhalten haben würde.

Berlin d. 18. Dec. 1802.

Türcke.

Deduction
in Sachen des Ober-Proviantmeisters Andersohn Klägers, wider die Pfeilschen Legatarien, Beklagte.

Im Jahr 1791. errichteten die Pfeilschen

Eheleute ein Testamentum reciprocum und es wurden dabei bestimmte Verwandten von dem Rendanten Pfeil seiner Ehefrau in Rücksicht des Immobiliar-Vesmögens, welches aus zwei Häusern bestand, Fideicommissarisch dergestalt substituirt, daſs nach dem Ableben der Wittwe Pfeil die Häuser in vier Erbtheile zerfallen und so fideicommissarisch vererbt werden sollten.

Der Ehemann, Rendant Pfeil, starb noch in demselben Jahre 1791. und seine Ehefrau trat zufolge dieses Testamenti reciproci die Erbschaft an. Die Maria Sophia Vahrenkampf, welche mit zu den substituirten Erben gehörte, überlebte zwar den Rendanten Pfeil, starb aber noch vor der Wittwe Pfeil, und hat mithin nicht so lange gelebt, daſs das Fideicommiſs hätte prästirt werden können, da die Wittwe Pfeil den lebenslänglichen Genuſs dieser Häuser hatte. Es fragt sich nun bloſs:

wem ist die Portion der Maria Sophia Vahrenkampf zugefallen?

Der Kläger, Proviantmeister Anderson, behauptet, daſs sie den Collegatariis jure accrescendi zugefallen sey, und dieſs ist der Gegenstand des gegenwärtigen Rechtsstreits, da die Intestaterben der verstorbenen fideicommissarischen Erbin behaupten, daſs die Defuncta ihren Antheil auf sie transferiret habe.

Letzteres kann hier nicht der Fall seyn; denn ein Testamentum reciprocum enthält eigentlich zwei Testamente, und wenn daher die substituirten Erben aus demselben Rechte erwerben wollen, so mußten sie auch beide Testatoren überleben.

Dieſs ergiebt sich sehr vollständig daraus, daſs bei einem Testamento reciproco die Disposition von jedem Testator wiederrufen werden kann, auch selbst alsdann, wenn wie hier die Güter unter die Verwandten vertheilt werden.

Leyseri Med. ad Pand. Spec. 359. Medit. 4.

Es konnten daher die Substituten nicht eher ein Recht erworben haben, als bis auch die Wittwe Pfeil verstorben war, weil alsdann erst ein Wiederruf unmöglich war.

Nun hat aber die Maria Sophia Vahrenkamf den zweiten Testator, nehmlich die Wittwe Pfeil, nicht mehr überlebt, und sie hatte daher auch kein Recht für sich aus dem Testamento reciproco erworben, und konnte mithin solches auch nicht auf ihre Erben transferiren.

Es ist dieses ein bekannter Rechtsgrundsatz, daſs überhaupt ein Fideicommissarius noch zu der Zeit vorhanden seyn muſs, wenn das Fideicommiſs praestirt werden soll, und die-

ser Fall ist schon durch Praejudicia festgestellt worden.

In Hymmens Beiträgen, Saml. 1. S. 65. ist dieser Rechtssatz gleichfalls dahin aufgestellt worden, dafs es heifst

> Im Fall ein Fideicommissarius nicht mehr zu der Zeit vorhanden ist, da ihm das Fideicommifs praestirt werden sollte: so verbleibt dieses bei dem Fiduciario oder dessen Erben, woferne er keine Substituten hat,

und hiernach ist auch in zweien conformen Urteln am 15. Octbr. 1766. und 18. Mart. 1767 in Sachen der Bokschen Erben wider den Hofrath Michaelis entschieden worden.

Der Fideicommissarius mufs also zu der Zeit noch vorhanden seyn, da ihm das Fideicommifs praestirt werden soll. Das hier in Rede stehende Fideicommifs aber konnte erst praestirt werden, nachdem auch die Wittwe Pfeil verstorben; und da die Maria Sophia Vahrenkampf noch vor der Wittwe Pfeil mit Tode abgegangen war: so hatte sie auch kein Recht erworben, und konnte mithin auch keines auf ihre Erben transmittiren. Nun frägt es sich nur noch, wem die Portion zugefallen sey, welche die Defuncta erhalten haben würde, wenn sie die Wittwe Pfeil überlebt hätte?

Nach dem Rechtssatze, wie ihn Hymmen

am angeführten Orte aufstellt: so fällt in solchen Fällen das Fideicommiſs dem Fiduciario oder dessen Erben anheim. Allein dieser Satz ist nur unter den Umständen richtig, wenn der Fideicommissarius der alleinige Substitut war, und so soll er auch nur verstanden werden. Im vorliegendem Falle aber hatte die Maria Sophia Vahrenkampf noch mehrere Collegatarien, und die Portion, welche sie, wenn sie das Ableben der Wittwe Pfeil erlebt hätte, erhalten haben würde, fällt nun den Collegatarien jure accrescendi zu. Den Substituten nehmlich sind die beiden Häuser angewiesen worden, und mithin ist kein Fideicommissum universale, sondern bloſs ein Fideicommissum singulare vorhanden. Fideicommissa singularia aber werden nach eben den Grundsätzen wie die Vermächtnisse beurtheilt, §. 3. Instit. de Legatis; das Jus accrescendi bei Vermächtnissen findet aber alsdann Statt, wenn

1) mehreren Personen ein und dieselbe Sache vermacht worden und der Erblasser keine reellen Theile bei diesem Vermächtnisse gemacht hat; und wenn
2) einer von den Legatarien weggefallen ist, bevor er seine Portion acquirirt hat.

L. 1. L. 11. Dig. de usufr. accresc. Lun. Cod. de Cad. Tollendis.

Hellfeldt Jurisprud. Forens. §. 1524.

Das Jus accrescendi der Collegatarien gründet sich daher auf die Gesetze, und es ist in der Natur der Sache gegründet, indem der Erblasse nicht will, daſs das Legat bei dem Erben verbleibe, weil er es einem andern vermacht hat. Ist daher eine und dieselbe Sache mehrern zugleich vermacht worden: so ist auch vernünftiger Weise anzunehmen, daſs der Erblasse lieber die vacante Portion, im Fall einer von den Legatarien wegfällt, den Collegatarien zugewendet haben will, als dem Erben.

Hier konnte also nicht die Wittwe Pfeil die Portion erwerben, welche die verstorbene Vahrenkampf erhalten haben würde, sondern sie ist den übrigen Collegatarien Jure accrescendi, welches dem Kläger schon nach den Gesetzen zusteht, zugefallen, welches um so weniger zu bezweifeln ist, da es sogar von dem Testator, Rendant Pfeil, in dem Testamente angeordnet ist. Es heiſst nehmlich daselbst:

> Im Fall aber der etc. Anderson an den Wiedmannschen Prozeſs Antheil nehmen sollte: so soll er alsdann seines Erbrechts verlustig seyn, und in diesem Falle würde dessen Viertel den übrigen drei Erben (Collegatarien) zuwachsen.

Hieraus ergiebt sich sehr deutlich, daſs der Te-

stator sehr wohl auf den Fall bedacht gewesen, wenn etwann einer der Collegatarien, es sey aus welchem Grunde es wolle, nicht könnte fideicommissarischer Erben seyn, und in diesem Falle sieht man, wollte er, dafs die Portion des wegfallenden Collegatarii den übrigen zufallen sollte. Es ist daher im vorliegenden Falle das Jus accrescendi aus einem doppelten Fundament vorhanden, nehmlich aus der Disposition der Gesetze und aus der ausdrücklichen Verordnung des Testators, die unbedenklich analogisch für diesen Fall, wo die Maria Sophia Vahrenkampf nicht Erbe seyn können, angewendet werden mufs.

Dafs unter diesen Umständen die Wittwe Pfeil dem Rechte der Collegatarien zuwider, keine letztwillige Verordnung machen und über die Portion, welche die verstorbenen Legataria erhalten haben würde, nicht disponiren konnte, ergiebt sich aus dem bisher angeführten von selbst. Denn die ausgefallene Portion war ipso jure, sowohl nach den Gesetzen, als nach der ausdrücklichen Verordnung des Testators, den Collegatarien accrescirt, und dieses jus accrescendi konnte die Wittwe Pfeil denselben auf keine Art vereiteln, sondern sie war verbunden die beiden Häuser denen bei ihrem Ableben noch vorhandenen Collegatarien zu überlassen.

Die Klage des Proviantmeisters **Anderson** ist daher vollkommen rechtlich, und ich trage im Nahmen desselben nochmals dahin an,

Das Testament der Wittwe **Pfeil** in Rücksicht des Klägers für null und nichtig zu erklären, und ihm von demjenigen Antheil, welchen die **Maria Sophia Vahrenkampf** erhalten haben würde, ein Drittheil zuzuerkennen, auch den Beklagten die Tragung und Erstattung der Kosten aufzuerlegen.

Berlin d. 18. Dec. 1802.

Buchholz.

In Sachen des Proviantmeisters **Anderson** zu Königsberg Kläg. an einem, wider die verehelichte **Rhode**, den Kriegs- und Domänenrath **Scheering** desgleichen wider den Schuldirector **Vahrenkampf**, den Lieutnant **Vahrenkampf** zu Königsberg in Preufsen und die **Helena Regina Louisa Vahrenkampf** verehl. **Lange** in Beistand ihres Ehemannes des Geheimen Secretär **Lange**, Verklagte am andern Theil.

Erkennt der Instructionssenat des Kammergerichts den Acten gemäfs für Recht;

Dafs

Daſs Kläger mit seiner Klage, wie hiermit geschiehet, abzuweisen, und der in dem Testamente des Haupt-Feld-Magazin-Kassen Rendanten Johann George Pfeil de Publ. d. 4. Nov. 1791. der Maria Sophia Vahrenkampf vermachte, durch deren Ableben aber Vacant gewordene Antheil an den beiden in Cölln am Wasser belegenen, dem gedachten Erblasser zugehörig gewesenen Häusern, der Helena Regina Louisa Vahrenkampf verehel. Geh. Secretär Lange mit Ausschluſs der übrigen Mitverklagten allein zuzusprechen, und diese letztern die Hälfte der Kosten pro rata, eventualiter in solidum, die andere Hälfte aber der Kläg. zu tragen auch in gleichem Verhältniſs der verehel. Lange die ihrigen zu erstatten verbunden.

V. R. W.

Gründe.

Der Haupt-Feld-Magazin-Kassen-Rendant Johann Georg Pfeil errichtete unterm 24. Jun. 1791 mit seiner Ehefrau Louisa Wilhelmina Vahrenkampf beim Hauſsvogteygericht ein wechselseitiges Testament, worinn er seiner Seits seine Ehegattin zur Universal-Erbin seines ganzen Nachlasses ernannte, ihr jedoch wegen seiner beiden in Cölln am Wasser belegnen Häuser

1) die Anna Henrietta Vahrenkampf
2) die beiden Töchter des verstorbenen Diaconi Vahrenkampf zu Golnow Maria Sophia und Helena Sophia
3) seinen Halbbrudersohn Anderson, den jetzigen Kläger,

fideicommissarisch substitnirte. Nach seinem im Nov. desselben Jahres erfolgten Tode trat seine Wittwe die Erbschaft auf den Grund dieses Testaments an, und einige Zeit darauf starb eine von den substituirten die Maria Sophia Vahrenkampf. Die verwittwete Pfeil disponirte nun in ihrem am 13. Januar 1797 errichteten Testamente worinn sie die jetzige Kastellanin Rhode zur Univertal - Erbin ernannte, auch über den durch diesen Todesfall vakannt gewordenen Antheil an dem Vermächtniſs der beiden Häuser und zwar dergestalt, daſs

1) die Universal - Erbin, die verehl. Rhode $\frac{1}{3}$
2) der Kriegsrath Schaering und dessen Schwester Charlotta Schaering $\frac{1}{3}$
3) die Gebrüder Christian Friedrich und Gottlieb Vahrenkampf, deren Schwester Helena Regina Vahrenkampf, verehel. Lange ebenfalls $\frac{1}{3}$

davon erhalten sollten. Diese Disposition ist nun nach ihrem im März 1801 gleichfalls erfolgten Ableben von dem Proviantmeister An-

derson in Königsberg, welchem ¼ dieser Häuser in dem Testamente des Ehemanns vermacht ist, als ungültig angefochten worden, und er gründet seine Ansprüche gegen sämmtliche von der Wittwe Pfeil an die Stelle der Maria Sophia Vahrenkampf eingesetzten Erben auf das ihm als Collegatario zustehende Jus accrescendi, welches ihm durch die Wittwe Pfeil, die blos auf Lebenszeit den Nieſsbrauch dieser beiden Häuser gehabt, nicht habe genommen werden können.

Die Verklagten haben bei dieser Sache ein sehr verschiedenes und zum Theil ganz entgegengesetztes Interesse. Die verehel. Rhode hält es für ganz gleichgültig, ob das Testament der Wittwe Pfeil bei diesem Puncte aufrecht erhalten werde, oder nicht, weil ihr in beiden Fällen ihrer Meinung nach ⅓ dieses vacanten Antheils zufallen müsse. Sie hat überdieſs ihren Antheil an die Geschwistere Schaering auf beide Fälle abgetreten und darauf angetragen, sie ganz ex nexu zu lassen, welches aber bisher von dem Kläger noch nicht geschehen ist.

Die Geschwistere Schaering sind der Meinung, daſs der Wittwe Pfeil allerdings die Befugniſs zugestanden habe, über den vacant gewordnen Antheil an den beiden Häusern zu te-

stiren, weil sin fideicommissarischer Erbe nur alsdann sein Erbrecht auf seine Erben transmittire, wenn er den eingesetzten Erben überlebt habe.

Die Gebrüdere Vahrenkampf sind dagegen dem Kläger in so weit beigepflichtet, daſs die Wittwe Pfeil zu dieser Disposition nicht berechtigt gewesen sey, weichen aber von dem Kläger wiederum ab, indem sie behaupten, daſs nur sie gemeinschaftlich mit ihrer mitverklagten Schwester, der verehelichten Lange, nicht aber die Collegatarien Anspruch auf den Antheil der Maria Sophia Vahrenkampf machen könnten.

Die Lang'schen Eheleute haben endlich eine bestimmte Einlassung verweigert, und ohne irgend einen Antrag zu machen, erklärt, daſs sie sich lediglich den Gesetzen und der richterlichen Entscheidung unterwerfen wollten.

Bei der Entscheidung dieses Rechtsstreits kann nach der Vorschrift des §. 12. des Publ. Patents zum Allgem. L. R. nur allein das gemeine Recht zur Richtschnur dienen, weil es hier um die Aufrechthaltung des von dem Rendanten Pfeil schon im Jahr 1791. errichteten Testaments, woraus der Kläger seinen Anspruch herleitet, zu thun ist, und es kommt zuvörderst darauf an:

f) ob die verstorbene Maria Sophia Vahrenkampf schon mit dem Todestage des gemeinschaftlichen Erblasses, des Rendanten Pfeil, ein unwiderrufliches Recht auf den ihr vermachten vierten Theil an den in Rede stehenden beiden Häusern erlangt hatte? Ließe sich das behaupten: so konnte sich die Wittwe Pfeil eben so wenig eine Disposition darüber anmaſsen, als der Kläger oder einer der übrigen Collegatarien das Jus accrescendi geltend machen könnte, weil alsdann bei ihrem, ohne Testament und ohne eheliche Leibes-Erben erfolgtem Ableben, ihre Geschwister, die mitverklagten Geschwister als nächste Intestaterben an ihrer Stelle treten, und mithin von einem vacant oder destitut gewordenem Vermächtnisse gar nicht die Rede seyn könnte. Allein diese von dem Schuldirector und Lieutnant Vahrenkampf aufgestellte Behauptung läſst sich keinesweges rechtfertigen. Es kann ihnen zwar nicht das von den Schaeringschen Geschwistern und auch vom Kläg. selbst angeführte Praejudicium aus den Hymmschen Beiträgen

B. 1. S. 65.

oder Lex. 15. Dig. ad Sctum Trebell. geradezu im Wege stehen, wornach ein Fidei-

commiſs bei dem Fiduciario oder dessen Erben verbleiben soll, wenn der Fideicommissarius zu der Zeit, wo es ihm prästirt werden soll, nicht mehr vorhanden ist, in so fern er nicht etwan einen Substitutum hat. Denn die allegierte und auch bei dem gedachten Praejud. zum Grunde liegende Gesetzstelle redet ganz deutlich von einem Fideicommisso universali, welches sich nicht blos in der Form, sondern auch wegen des Abzugs der Trebellianischen Quartae von dem Fideicommisso particulari vel singulari, wofür die beiden Häuser als pars quanta hereditatis zu achten sind, sehr wesentlich unterscheidet. Dadurch wird aber in der Sache nichts verändert. Fideicommisse der letztern Art werden in den Gesetzen den Legaten gleich geachtet und die Legaten in dubio nach den Grundsätzen von Fideicommissen beurtheilt.

> Necessarium esse duximus, omnia legata Fideicommissis exaequare, ut nulla sit inter ea differentia, sed quod deest legatis, hoc repleatur ex fideicommissorum natura
>
> §. 3. Instit. de Legatis.
>
> L. 2. Cod. Commun. de Legat. et Fideicommiſs;

Hellfeldt Jurisprud. forens. §. 1529.
Berger Oecon. Jur. L. 2. Tit. 4. §. 32. n. 2.

Es scheint nun zwar allerdings auf den ersten Anblick, als wenn die verstörbene Maria Sophia Vahrenkampf ein unwiderrufliches Recht auf das ihr bestimmte Vermächtnifs erlangt, und mithin solches auch bei ihrem Tode auf ihre Intestaterben übertragen hätte, weil die Restitution der beiden Häuser in dem Testament des Rendanten Pfeil an keine weitere Bedingung gebunden, sondern blos von einem bestimmten Zeitpunkte, nehmlich von dem Todestage seiner Wittwe abhängig gemacht ist, und der L. 21. Dig. Quando dies legatorum et Fideicommissarum cedat ausdrücklich verordnet

Si dies adposita legato, quamsis longa sit, si certa est, veluti Calendis Januariis centesimis, dies quidem legati statim cedit, sed ante diem peti non potest.

Hiermit auch L. 213. de Verb. Sign. genau überein, wenn es heifst:

Cedere diem significat, incipere debere pecuniam et caet. Ubi in diem quis stipulatus fuerit, cessit dies, sed nondum venit,

so wie

L. 2. Instit. de Verb. obligat.

Allein dieser Grundsatz wird von den Gesetzen

selbst nur unter gewissen Einschränkungen als richtig anerkannt, und wenn der Legatarius nach dem Willen des Erblassers den Tod des Erben abzuwarten hat: so vererbt er sein Recht nur denn auf seine Erben, wenn er den eingesetzten Erben überlebt hat, wie diefs Voetius in seinem Commentar. ad Pand. Lib. 36. Tit. 11. §. 2. sehr gründlich ausführt, und die Gesetze selbst lassen keinen Zweifel darüber übrig,

L. 4. pr. Dig. Quando Dies Legator. et Fideicommissar. cedat.

Si enim cum heres morietur legatur, conditionate legatum est. Denique vivo herede, defunctus legatarius ad heredem non transfert.

§. 13. Hujusmodi legatum; Sive illud factum fuerit, sive non fuerit, illi do, lego, ad heredem non transit, nisi aeter casus vivo legatario exstiterit, quoniam causa, ex qua debeatur, praecedere semper debet. Nec quia certum est, alterutrum futurum omnimodo debebitur. Nam tale legatum, cum morietur, heres esto, certum est, debitum iri, et tamen ad heredem Legatarii non transit. Si vero vivo herede.

Brunnemann. Comment. ad Pand. ad §. 4. huj. Tit.

Vergebens berufen sich daher die Gebrüder Vahrenkampf auf den §. 5. pr. ib.

Si post diem legati cedentem legatarius decesserit, ad heredem suum transfert,

weil dies incertus quando? pro Conditione zu achten ist, qua pendente dies nec cessit, nec venit

L. 313. de Verb. signif.

Hiermit fallen aber nur die Ansprüche der Vahrenkampfschen Geschwister qua Intestat-Erben ihrer verstorbenen Schwester über den Hauffen. Daraus folgt aber

II) noch keinesweges die Ungültigkeit der zum Nachtheil des Kläg. von der Wittwe Pfeil geschehenen Abänderung des von ihrem Ehemann errichteten Fideicommisses. Es würde ihr vielmehr der vacant gewordene Antheil der verstorbenen Maria Sophia Vahrenkampf nach der obigen Ausführung unbedenklich anheimgefallen und sie mithin auch befugt gewesen seyn, darüber anderweitig zu disponiren, wenn nicht bei diesem fideicommissarischem Vermächtnisse mehrere Collegatarien concurrirten, denen der Antheil der Ausgeschiedenen nach gemeinem Rechte sowohl als nach dem All-

gem. L. R. vermöge des Juris accrescendi anheimfallen müſste.

§. 8. Instit. de Legatis.

Si eadem res duobus legata sit, siue conjunctim, sive disjunctim, si ambo perveniant ad legatum, scinditur inter eos legatum. Si Alter deficiat, totum ad Collegatarium pertinet.

Hellfeldt. §. 1499. 1524.

Allgem. L. R. Tit. XII. §. 368.

Dieſs ist nun auch das Fundament, worauf der Kläger hauptsächlich sein Vertrauen setzt. Allein es ist von ihm sowohl, wie von sämmtlishen Verklagten und ihren Stellvertretern

III) gänzlich übersehen worden, daſs nach der Fassung des Testaments und nach der wahrscheinlichen Absicht des Erblassers die Rechte der vier Collegatarien keinesweges von gleichem Umfange sind, sondern, daſs die beiden Schwestern Maria Sophia und Helena Sophia Vahrenkampf einander ausſchlieſslich beerben sollen. Es soll nehmlich — so heiſst es in diesem Testamente, nach Absterben meiner Ehefrau mein unbewegliches Vermögen, welches in zweien in Cölln am Wasser belegenen Häusern besteht, an nachstehende Blutsverwandte als

1) die Kammerfrau bei Ihro Königl. Ma-

jestät der verwittweten Königin Anna Henrietta Vahrenkampf
(dieſs ist die jezt verehel. Rhode)

2) die beiden Töchster des verstorbenen Diaconi Vahrenkampf zu Golnow, Maria Sophia und Helena Sophia Geschwistere Vahrenkampf, die ich bereits zur Erziehung bei mir habe,

3) meinen Halbbrudersohn Anderson, oder dessen eheliche Kinder zurückfallen.

Nach Absterben meiner Ehefrau soll demnach von meinen beiden Häusern

1) die Kammerfrau Anna Henrietta Vahrenkampf fideicommissarisch $\frac{1}{4}$ Erben und als ihr beständiges Eigenthum behalten.

2) Die älteste Tochter des Diaconi Vahrenkampf zu Golnow Maria Sophia $\frac{1}{4}$

3) die jüngste Tochter Helena Sophia $\frac{1}{4}$

4) der Anderson $\frac{1}{4}$

Wenn nun auch hier die Substitution zu Bezeichnung der Quoten in 4 Sätzen ausgedruckt sind, und hiernach die Rechte der einzelnen Percipienten ganz gleich zu seyn scheinen: so er-

giebt sich doch das Gegentheil mit völliger Gewiſsheit aus dem Nachsatze:

Die beiden Geschwister die Vahrenkampf (2 und 3) erben und bekommen also zusammen die Hälfte von beiden Häusern.

Eben deswegen waren sie schon Anfangs in einer Proposition begriffen, und ganz gleichmäſsig ernennt er sie mit ihren beiden Collegatarien auf den Fall, daſs seine Ehefrau ihn nicht beerben könne oder wolle, zu seinen Universal-Erben, mit dem wiederholten Beifügen, daſs er diese beide Schwestern bereits bei sich zur Erziehung habe. Schon dieſs enge Verhältniſs worinn er sich mit diesen beiden Kindern befand, macht seine Vorliebe zu ihnen erklärbar; nicht zu gedenken, daſs er gegen den Kläger ausdrücklich Miſstrauen äuſsert, und ihn seines Erbtheils verlustig erklärt, wenn sein Verdacht sich in der Folge rechtfertigen sollte. Diese beiden Schwestern sind also ohne Zweifel als re et mixtim conjuncti, mithin pro una persona anzusehen, und schlieſsen die in verschiedenen Propositionen ernannten Collegatarien unbedenklich aus.

L. 68. de hered. instit.
Hellfeldt §. 1498. L. C.

Hiernach ist es nur

IV) die Helena Sophia Vahrenkampf allein, die das Recht des Zuwachses auf den Antheil ihrer, ohne Testament und ohne eheliche Kinder versrorbenen Schwester Maria Sophia geltend machen kann, und diese Helena Sophia ist nach der Vereinigung der Partheien keine andere als die mitverklagte Ehefrau des Geheim. Secretairs Lange, ohnerachtet dieselbe in dem Testament der Wittwe Pfeil Helena Regina genannt wird und nach ihrer Unterschrift noch einen dritten Nahmen Louisa führt.

Die falsche Bezeichnung hat auf die Gültigkeit der Willenserklärung, da die Identität der Person sonst nicht zu bezweifeln ist, keinen Einfluſs,

Hellfeldt l. c. §. 1442.

L. 9. §. 8. de hered. instit.

und eben so wenig kann ihr die Weigerung sich einzulassen und die ihr ertheilte unrichtige Commination, daſs sie des vom Kläger gemachten Anspruchs für geständig werde geachtet werden, nachtheilig seyn, da diese Verwarung nach ausdrücklicher Vorschrift der,

Allgem. Gr. Ordn. §. 10. Tit. 4.

nur auf Thatsachen eingeschränkt werden konn-

te, und Rechtssätze überhaupt nicht der Gegenstand eines Geständnisses seyn können.

Stryck Usus Modern. XI. Tit. 44.

Zweifelhafter ist es, ob auf eine für sie so günstige Bestimmung ohne ihren ausdrücklichen Antrag erkannt werden könne. Allein ihre beiden Brüder haben ausdrücklich verlangt, ihnen einen Theil dieses Nachlasses zuzusprechen. Sie müssen mit diesem Anspruch, gleich dem Kläger mit dem seinigen abgewiesen werden. Die Abweisung des Klägers umfaſst zugleich die Abweisung der mit ihm in gleichem Verhältnisse stehenden verehel. Rhode oder ihrer Cessionarien, und es bleibt niemand übrig, als die verehelichte Lange, die an die Stelle der Sophia Maria Vahrenkampf treten kann. Es würde daher eine leere Formalität seyn, und man würde ohne Noth einen neuen Rechtsstreit veranlassen, wenn hier nicht das nobile officium Judicis eintreten und der Streit zwischen sämmtlichen Erbinteressenten nach der wahren Lage der Sachen entschieden werden sollte, worauf sie auch implicite anträgt, wenn sie sagt:

wenn das Testament der Wittwe Pfeil aufrecht erhalten würde: so wollte sie sich die gemeinschaftliche Einsetzung mit ihren Brüdern in ein Drittheil der Erbpor-

tion ihrer Schwester gefallen lassen, so wie sie bei Annullation desselben sich dem unterwerfe, was nach den Gesetzen und den in Gemäſsheit derselben festzusetzenden Principien der Erbtheilung in Rücksicht ihrer Succession angenommen würde. Ihrer nähern Anträge, die sie sich auf den letztern Fall vorbehält, bedarf es weiter nicht, da die Beurtheilung der Ansprüche ihrer Mitinteressenten in die ihrigen eingreift, und von selbst die Festsetzung ihrer Gerechtsame zur nothwendigen Folge hat, mithin nur auf diesem Wege die von ihr erwartete rechtliche Entscheidung eintreten kann.

Die Kosten dieses Prozesses können dem Kläger nur zur Hälfte auferlegt werden, da die Verklagten, mit Ausnahme der Langenschen Eheleute, eben so wenig als er, ein obsiegliches Erkenntniſs erhalten und aus vorstehenden Gründen ist daher in der Hauptsache, so wie bei dem Kostenpunkte überall, wie geschehen zu erkennen gewesen.

Gegen dieses am 26. Januar 1803. publicirte Erkenntniſs haben sämmtliche Interessenten mit Ausschluſs der Langenschen Ehe-

leute das Remedium Appellationis eingewandt und in folgender Ordnung ihre Deductionsschriften eingereicht.

Deductio
in Appellatorio für den Lieutnant Vahrenkampf Bekl. jetzt Appellanten wider den Proviantmeister Anderson und Consorten Kläger.

Die Entscheidung der vorliegenden Streitfrage:

ob der in dem wechselseitigen Testamente des verstorbenen Feld - Magazin - Kassen-Rendanten Pfeil und dessen Ehefrau vom 1. Jun. 1791. der Maria Sophia Vahrenkampf bestimmte Erbantheil von seinem unbeweglichen Vermögen, dadurch destitut geworden sey, daſs diese Maria Sophia Vahrenkampf vor der Wittwe des Rendanten Pfeil mit Tode abgegangen ist?

oder

ob nicht vielmehr diese Maria Sophia Vahrenkampf die gedachte Erbportion so fort nach dem Absterben des Testators ipso jure acquirirt, mithin solche nach ihrem, obgleich vor dem Tode der Wittwe Pfeil erfolgten Absterben, ihren Intestat - Erben zugefallen sey?

hängt

hängt von der richtigen Auslegung des **Pfeilschen** Testaments ab.

Wenn man diefs Testament mit Aufmerksamkeit liest: so ergiebt sich leicht, dafs der Wille des Testators keineswegs dahin gegangen sey, seine Ehefrau auch zur Erbin seines unbeweglichen Vermögens einzusetzen, sondern, dafs er vielmehr in seinen unbeweglichen Nachlafs

1) die **Anna Henrietta Vahrenkampf**,
2) die **Maria Sophia Vahrenkampf**,
3) die **Helena Sophia Vahrenkampf** und
4) den Proviantmeister **Anderson**,

zu seinen Erben eingesetzt und seiner Ehefrau von diesem unbeweglichen Nachlasse nur auf ihre Lebenszeit den Niefsbrauch ausgesetzt habe. Diefs geht ganz klar aus den Worten des Testaments hervor:

> Es soll nehmlich nach Absterben meiner geliebtesten Ehefrau mein unbewegliches Vermögen, welches in zwei in Cölln am Wasser belegenen Häusern besteht, an nachstehende Blutsverwandte als etc. zurückfallen.

Der Ausdruck **zurükfallen** setzt offenbar ein schon vorher erworbenes Recht voraus, und pafst daher nicht auf bedingungsweise ernannte Legatarien oder Fideicommissarien, die ihr Recht erst durch den Todt des Haupterben erwarten sollen. Von diesen läfst sich nur sagen, dafs

ihnen durch den Eintritt, oder die Erfüllung der gemachten Bedingung, das ausgesetzte Vermächtnifs zufalle. Was aber nach dem Eintritte einer gewissen Begebenheit an Jemanden zurückfallen soll, dafs mufs von diesem nothwendig schon vorher erworben seyn, und daher läfst sich auch das Testement qu. nicht anders erklären, als, dafs die darinn benannten nahen Blutsverwandten des Testators das unbewegliche Vermögen desselben titulo institutionis haben erben sollen, indem man bei jeder andern Erklärung dieses Testaments nothwendig in Widersprüche verfallen mufs.

Dafs die Absicht des Testators gewesen sey, die oben benannten vier Erben seines unbeweglichen Vermögens, in dieser Hinsicht mit seiner Ehefrau als Erben einzusetzen, geht noch mehr daraus hervor, dafs er sich bei der Bestimmung des einem jeden zugedachten Antheils der Worte:

erben und als ihr beständiges Eigenthum behalten,

bedient hat, welche nur bei Erbeinsetzungen nicht aber bei Vermächtnissen gebräuchlich sind. Die muthmafsliche Absicht des Erblassers, welche bei der Erklärung letztwilliger Verfügungen immer zum Grunde gelegt werden mufs, ist hier also offenbar keine andere gewesen, als die, dafs er die Maria Sophia Vahrenkampf in

Ansehung seines unbeweglichen Vermögens mit seiner Ehefrau zugleich als Erbin eingesetzt haben wolle, und daſs seine Ehefrau von diesem unbeweglichen Vermögen nur auf ihre Lebenszeit den Nieſsbrauch haben solle.

Hiernach folgt aber von selbst, daſs die Maria Sophia Vahrenkampf das Eigenthum des vierten Theils des unbeweglichen Vermögens des Erblassers Rendant Pfeil so gleich nach dessen Tode ipso jure acquirirt, mithin auch solches durch ihr Absterben, auf ihre Intestat-Erben transferirt habe.

Diese Maria hinterlieſs keine nähern Intestaterben als ihre drei Geschwister, nehmlich den jetzigen Bekl. Lieutnant Vahrenkampf, 2, die verehelichte Langen und 3, den in Lippe Detmold sich aufhaltenden Vahrenkampf; und das Erbrecht des Bekl. auf den dritten Theil des der verstorbenen Maria Sophia Vahrenkampf erblich zugefallenen vierten Theils des unbeweglichen Vermögens des Pfeil, ist daher gleichfalls auſser Zweifel.

Die Richtigkeit der obigen Ausführung kann durch die Entscheidungsgründe des vorigen Erkenntnisses nichts verlieren, indem darinn angenommen worden ist, daſs die in dem Pfeilschen Testamente ernannte Erben seines unbe-

weglichen Vermögens, nur als Fideicommissarien zu betrachten seyn, dieſs aber, nach dem, was oben bemerkt worden, offenbar irrig ist. Daraus, daſs der Testator sich neben dem, eine Erbeseinsetzung enthaltenden Ausdrücken auch beiläufig der Worte

Fideicommissarisch substituiren, und Nacherben

bedient hat, kann solches nicht hergeleitet werden, weil dieſs mit den klaren Worten

erben, und als ihr beständiges Eigenthum behalten,

immer im Widerspruche stehen würde, ohnehin auch eine solche Erklärung odiosa wäre, und daher unzulässig ist.

Ich beziehe mich übrigens auf die in erster Instanz beigebrachte rechtliche Ausführung, und trage allerunterthänigst darauf an:

das vorige Erkenntniſs dahin abzuändern, daſs der in dem Testamente des Pfeil, der Maria Sophia Vahrenkampf vermachte Antheil an den beiden Häusern der Helena Sophia Vahrenkampf verehel. Lange mit Ausschluſs der übrigen Mitbekl. allein nicht zuzusprechen, sondern vielmehr dem jetzigen Appellanten Lieutnant Vahrenkampf von dieser Erbportion der verstorbenen Maria Sophia Vahren-

kampf ein Drittheil jure Successionis gebühre und zu verabfolgen sey.

Wegen der Kosten submittirt Appellant ad Legalia und ich ersterbe in tiefster Submission

Ew. Königl. Majestät

Berlin d. 4. März 1803.

allerunterthänigster

Knack.

Deduction
in Sachen des Schuldirectors Vahrenkampf Bekl. jetzt Appellanten wider die verehel. Langen Mitbekl. jetz. Appellatin.

So einleuchtend diese Sache auch ist, und auf so reine und unbezweifelte Rechtsgrundsätze sie sich zurückführen läſst: so hat dennoch Judex a quo sich irre leiten lassen. Der erste unrichtige Grundsatz, welchen er aufstellt, ist der, daſs er behauptet, die Maria Sophia Vahrenkampf habe den Antheil des Legats an den beiden Häusern nicht erworben und auf ihre Erben transmittiren können, weil es ein Fideicommissum oder Legatum conditionatum sey. Die Unrichtigkeit dieser Meinung ergiebt sich schon aus der Fassung des Testaments. In

diesem setzte nehmlich der Testator seine Gattin zum Erben ein, jedoch mit Ausschluſs der beiden Häuser. Das Eigenthum dieser Häuser wandte er sogleich den benannten vier Legatarien zu, worunter sich auch die verstorbene Maria Sophia Vahrenkampf befand, und verordnete nur, daſs ihr usus Fructus causalis so lange ruhen solle, als seine Gattin leben würde, und daſs erst nach dem Tode derselben ihnen die freie Disposition zufallen solle.

Hiernach übertrug der Testator das Eigenthum der Häuser sogleich an die benannte Legatarien, machte es ihnen aber zur Pflicht, seiner Gattin den lebenslänglichen Nieſsbrauch zu überlassen.

Von diesem richtigen Gesichtspunkte ausgegangen, frägt es sich nur noch, von welchem Augenblick an geht das Eigenthum eines Legati speciei auf den Legatarium über? Hierüber ist kein Zweifel möglich, da die Gesetze dieſs ausdrücklich verordnen und festsetzen, daſs so bald nur der Legatarius den Todestag des Erblassers überlebt habe, er auch das Legat erwerbe, und solches mithin auch wieder auf seine Erben transmittire.

Hellfeldt Jurisprud. forens. §. 1595.

Man mag nun die Verordnung des Rendanten

Pfeil als ein Legatum oder Fideicommissum singulare ansehen: so ist dieses in effectu juris ganz gleich, da wie auch Judex a quo zugiebt, die Fideicommissa singularia den Legatis ganz gleich gesetzt worden.

L. 2. Cod. Comm. Legat. et Fideicommiss.

Hellfeldt L. C. §. 1529.

Judex a quo findet aber darinn einen Grund, dafs die verstorbene Maria Sophia Vahrenkampf ihren Antheil nicht habe transferiren können, weil sie vor der Wittwe Pfeil verstorben.

Schon oben habe ich gesagt, dafs die Legatarien Eigenthümer vom Todestage des Testators wurden, und dafs die Wittwe Pfeil an den Häusern nichts weiter als einen usum fructum formalem hatte. Wenn daher auch die eine Collegataria früher starb als der usus fructus aufhörte: so alterierte diefs doch nichts in dem Eigenthumsrechte an den Häusern, das sie schon dadurch erworben hatte, weil sie dem Testator überlebte.

Sehr irrig ist es, wenn der Richter erster Instanz hier den L. 4. Dig. Quando dies Legat. ced. anwenden will: denn dort heifst es:

Si cum heres morietur, legetur: conditio-

nale legatum est: denique vivo herede defunctus legatarius ad heredem non transfert.

Dieses Gesetz setzt den Fall voraus, daſs der Testator den Erwerb des Legats quoad dominium von dem Todestage des Erben abhängig gemacht habe. Dieſs ist hier nicht der Fall. Der Rendant Pfeil übertrug vielmehr pure den Legatarien das Eigenthum der Häuser, und machte ihnen bloſs zur Pflicht, sich des Nieſsbrauches, so lange als seine Gattin leben würde, zu enthasten. Er übertrug daher das Eigenthum der Häuser mit seinem Tode auf die Legatarien, benahm ihnen aber in diem den usum fructum davon. Und wenn man selbst annehmen wollte, daſs hier die Lehre vom dies, quae legato aliquando adporita est, zur Sprache kommen könnte: so ist die richtige Theorie davon folgende:

Dies incertus, heiſst es, pro conditione habetur.

Aber bei dem die incerto kommen drei Fälle zur Unterscheidung. Der erste ist,

der Tag ist völlig ungewiſs; das heiſst man weiſs nicht, ob er kommen werde, nicht, wenn er kommen werde.

Der zweite ist,

wenn man nicht weiſs, ob der Fall eintre-

ten werde, zum Beispiel, ob der Legatar die Majorrennität erreichen werde.

Wenn von diesen beiden Zeitbestimmungen ein Legat abhängig gemacht ist, denn heifst es mit Recht dies incertus pro conditione habetur. Wenn aber das Legat blos von dem dritten Falle abhängig gemacht ist, der nehmlich darinn besteht,

dafs der Dies blos in Ansehung der Frage, wenn, ungewifs ist; wo man also versichert ist, dafs der Fall eintreten mufs, nicht aber die Zeit bestimmen kann, wenn er eintreten werde:

so findet die Lehre von den Conditionen nicht Anwendung, sondern das Legat geht morte testatoris auf den Legatar über, kann aber vor dem Eintritt des bestimmten Tages nicht gefordert werden.

Dafs diese Theorie die richtige sey, bezeugen alle Rechtslehrer und besonders

Höpfner in seinen theoretisch practischem Commentar über die Heineccissischen Institutionen §. 491.

Hieraus also folgt, dafs wenn auch ein Tag den hier zur Rede kommenden Legatariis bestimmt worden wäre: so würden sie doch das Legat transferirt haben, weil der Tag blos in Ansehung der Frage quando ungewifs ist.

Die Richtigkeit der vorgetragenen Theorie vom die incerto ergiebt sich aus dem bekannten

L. 21. Dig. Quando dies legator. cedit.

sehr deutlich. Hier heiſst es,

Si dies adposita legato non est, praesens debetur, aut confestim ad eum pertinet, cui datum est; adjecta, quamvis longa sit, si certa est, veluti Calendis Januariis centesimis, dies quidem legati statim cedit, sed ante diem peti non potest. At si incerta (quasi cum pubes erit, cum in familiam nupserit, cum magistratum inierit, cum ali quid demum, quod scribendo comprehendere sit commodum, fecerit) nisitempus, conditione obtigit, neque res pertinere, neque dies legati cedere potest.

Also der Zeitraum von 100 Jahren (calendis Januariis centesimis) quamvis longa dies sit, soll nicht hindern, daſs das Recht auf das Legat so gleich erworben und transferirt werde, und es hat der Legatar nicht nöthig diesen Tag zu überleben, indem dieser Tag doch endlich eintreten muſs. Nach dieser Bestimmung besitzt also der Erbe ante diem existentem nur qua usufructuarius und sein Recht cessirt mit dem Eintritte des Tages, so daſs er, oder seine Erben alsdann das Legat an den Legatar oder dessen Erben abtreten müssen. Kein Gesetz kann den

vorliegenden Fall zu Gunsten der Appellanten, welche als Geschwister der verstorbenen Legataria deren Antheil am Legat verlangen, weniger zweifelhaft machen, da sie unbedenklich auf jeden Fall ihr Recht zum Legat transferirt hat, und diefs um so mehr,

da der Testator die Legatarien sogleich und morte sua zu Eigenthümern der Häuser berufen und ihnen nur die Servitus usnsfructus auferlegt hat.

Hiernach läfst sich von dem erleuchteten Appellationsrichter auch mit aller Zuversicht erwarten, dafs er den Antheil der verstorbenen Vahrenkampf als auf deren Intestat-Erben zu gleichen Theilen transferirt erachten werde.

Wie endlich das Nobile officium Judicis dazu gekommen, der verehelichten Lange die vacant gewordene Portion der verstorbenen Vahrenkampf allein zuzuerkennen, ist ganz unbegreiflich. Die Rechte sämmtlicher Legatarien sind und sollen nach dem Willen des Testators ganz gleich seyn. Diefs ergiebt die so umständliche Disposition, wornach er nicht nur jeden Legatar zum Legat beruft, sondern auch noch dessen partem quotam nahmentlich und ausdrücklich aufführt. Er hätte nur nöthig gehabt, die vier Legatarien zu nennen, und es hätte sich als-

dann von selbst verstanden, daſs sie gleiche Portionen haben sollten. Allein er wollte zeigen, daſs er alle gleich liebe und begünstigen wolle, und bestimmte daher einem jedem seine partem quotam zu $\frac{1}{4}$. Er sagt: von den beiden Geschwistern Vahrenkampf ausdrücklich, daſs jede $\frac{1}{4}$ haben soll, und bestimmt nun, weil er der Kammerfrau Vahrenkampf auch schon ein Viertel legirt hatte, noch zu mehrerer Deutlichkeit, daſs die beiden unverheiratheten Vahrenkampfschen Töchter, jede $\frac{1}{4}$ und also beide zusammen, die Hälfte der Häuser erhielten.

Dieſs geschah deswegen, weil der vierte Legatar Anderson noch nicht genannt war, und daher nicht etwan die Meinung entstehen solle, als sollten die beiden unverheiratheten Vahrenkampfschen Töchter die übrigen $\frac{3}{4}$ haben.

Es sind in dem Testamente die Vahrenkampfschen Geschwister auch nicht conjunctim, sondern *unter der besondern Nummer 2 und 3 disjunctim ernannt worden*, so daſs daher an ein Jus accrescendi et conjunctio legatariorum gar nicht zu denken ist.

Uebrigens tritt auch das Jus accrescendi nur da ein, wo Collegatarien wegfallen, ehe sie ihr

Legat erworben und transferirt haben, welches aber nach obiger Ausführung hier nicht der Fall seyn kann, da die verstorbene Vahrenkampf ihren Antheil erworben und mithin transferirt hat, weil sie den Testator überlebte. Daſs übrigens jeder Legatar sein Antheil selbst auf den Fall, wenn er vor dem Testator verstorben wäre, transferiren sollte, ergiebt sich aus dem Umstande, weil der Testator ausdrücklich bestimmte, daſs im Fall der Mit-Legatar Anderson vor ihm sterben sollte, seine Kinder an dessen Stelle treten und die wegfallende Portion haben sollten. Es ist daher rechtlich zu vermuthen, daſs der Testator auch auf den Fall so gar die Intestaterben jedes Legatars zum Legat berufen habe, wenn erstere seinen Todestag nicht erlebt hätten, und auf jeden Fall zeigt diese Disposition

> daſs die Cessio diei Legati nicht von dem Todestage seiner Frau, sondern blos von dem seinigen abhängen solle.

Es ist daher ganz unbezweifelt gewiſs, daſs jeder Legatar, der den Todestag des Erblassers erlebt hat, auch seine Portionem Legati erworben und transferirt habe, daſs also der verstorbenen Vahrenkampf in portionem legati deren Geschwister, als nächste Intestat-Erben succediren. Ich trage daher dahin an:

Sent. a qua zu reformiren und meinem Mandanten, dem Schuldirector Vahrenkampf den dritten Theil der vacanten Portion des Legats an den beiden Häusern mit Compensation der Kosten zwischen allen Litiganten zuzuerkennen.

Berlin d. 12. April 1803.

Türck.

Deductio
in Sachen des Proviantmeisters Anderson, Kläger und Appellanten wider die Pfeilschen Legatarien Bekl. und Appellaten.

Die Appellations-Beschwerden sind bereits in der Appellations-Anmeldung specificirt worden, und bedarf es daher hier nur der Rechtfertigung derselben. (Sie bestanden darinn, daſs der Kläger mit seinem Klage-Antrage abgewiesen und der vacant gewordene Erbtheil der verehel. Lange allein zuerkannt, auch daſs er in einen Theil der Kosten verurtheilt worden).

Judex a quo hat bei der Entscheidung dieses Prozesses eine sehr gute Ordnung gewählt, wenn er die hier streitigen Fragen abgesondert,

und besonders entschieden hat; aber so unerwartet ist es, wenn er hiernach den Kläger abgewiesen hat.

Die erste Frage ist:

ob die verstorbene Maria Sophia Vahrenkampf schon mit dem Todestage des Rendanten Pfeil ein unwiderrufliches Recht auf den vierten Theil der beiden Fideicommiſs-Häuser erworben habe?

Sehr richtig hat Judex a quo hier diese Frage verneinend entschieden: denn die Fideicommissarien sollten diese Häuser erst nach dem Tode der Wittwe Pfeil erhalten, und das Fideicommiſs war daher kein unbedingtes (Fideicommissum purum) sondern bedingtes (conditionatum). Die Bedingung bestand hier in dem künftigen Todestage der Wittwe Pfeil, und da dieser Tag ein dies incertus war, dies incertus aber pro conditione habetur: so folgt auch sehr klar, daſs jeder Fideicommissarius, daſs wenn er das Fideicommiſs acquiriren oder auf seine Erben transferiren wollte, den Tod der Wittwe Pfeil erlebt haben muſste. Nur Legata und Fideicommissa pura gehen mit dem Todestage des Erblassers auf den Legatar oder Fideicommiſs-Erben über.

Hellfeldt Jurisprud. Forens. §. 1559.

Dagegen heiſst es aber in

L. 4. Dig. Quando dies Legator.

ausdrücklich

> Si enim cum heres morietur, legetur, conditionale legatum est, denique vivo herede defunctus legatarius ad heredem non transfert.

Dieser Fall des Gesetzes ist aber auch der vorliegende. Die Wittwe Pfeil war die instituirte Erbin. Nach deren Tode sollten die beiden Häuser an die Fideicommiſs - Erben fallen: also konnten diese nicht eher transferiren, als bis sie auch die Bedingung, den Todt der Wittwe Pfeil erlebt hatten. Es war aber die Maria Sophia Vahrenkampf noch vor der eingesetzten Erbin verstorben; sie hatte mithin die ihr gesetzte Bedingung, den diem incertum, qui pro conditione habetur, nicht erlebt, und es ist also offenbar, daſs sie auch kein Erbrecht auf ihre Intestat-Erben ratione hujus Fideicommissi, transferiren konnte.

Aber nun kommt die eigentliche Frage zur Entscheidung, nehmlich wem ist denn nun dieser vacant gewordene Antheil zugefallen? Den Collegatarien sagt Judex a quo selbst, indem er sehr richtig den §. 8. Instit. de Legatis seiner Entscheidung zum Grund legt. Sehr irrig aber hat er darinn geurtheilt, wenn er diesen vacant gewordenen Antheil nicht sämmtli-

chen

chen Collegatarien sondern blos einem derselben, nehmlich der Helena Sophia Vahrenkampf zuzusprechen. Die beiden Häuser hatte ja der Testator Rendant Pfeil, vier Legatarien pro parte indivisa dergestalt vermacht, daſs ein jeder davon ¼ Erben sollte.

Wenn aber eine und die nehmliche Sache mehrern zugleich und pro parte indivisa vermacht ist, einer der Legatarien aber wegfällt, weil er, wie hier, z. B. verstorben, ehe er das Legat erworben; so wächset sein Antheil jure accrescendi den übrigen Collegatarien zu ohne Ausnahme. Eine unerwartete Subtilität scheint den Richter erster Instanz verleitet zu haben, die vacant gewordene Portion der weggefallenen Collegataria, ausschlieſsend der Helena Sophia Vahrenkampf zuzusprechen.

Es hat ja der Testator vier Propositionen gemacht, und jedem der vier Legatarien besonders zu diesem Legat berufen; es sind also Legatarii disjuncti, sed re tantummodo conjuncti.

Allen vier Legatarien nehmlich, ist eine und dieselbe Sache die beiden Häuser pro parte intellectuali vermacht worden, und es tritt daher der gesetzliche Grundsatz ein, daſs wenn ein Collegatarius wegfällt, die vacant gewordene Portion sämmtlichen übrigen Collegatariis partibus aequalibus accrescirt. Der Testator hat über-

dieſs die intellectuellen Theile eines jeden Collegatarii ausdrücklich mit $\frac{1}{4}$ benannt, und eben so auch dieses $\frac{1}{4}$, jeder Vahrenkampfschen Tochter zugesprochen. Blos der mehrern Deutlichkeit halber setzt er noch hinzu, daſs die beiden Vahrenkampfschen Töchter, also wenn jeder Collegatar ein Viertel erhält, sie zusammen die Hälfte erhalten.

Dieſs involvirt aber keinesweges die Folge, daſs wenn eine dieser Töchter wegfällt, der andern Tochter allein, mit Ausschluſs der übrigen Collegatarien, deren vacant gewordener Viertheil zuwachsen solle. Hätte dieſs der Testator gewollt: so würde er diese beiden Töchter einander substituirt haben, wie er dieſs auch bei den übrigen Collegatarien angeordnet hat, und besonders bei dem Kläger, dem er dessen Kinder auf jeden Falll substituirte.

Es kann daher eine vacant gewordene Portion nicht anders als unter sämmtliche übrigen Collegatarien und zwar zu gleichen Theilen vertheilt werden. Denn dieſs, daſs der Testator diese beiden Töchter selbst erzogen, begründet noch kein besseres Successions-Recht; und wenn dieſs der Testator hätte haben wollen: so würde er, da sonst das ganze Testament so bestimmt und wechselseitig gefaſst ist, auch dieses ausdrücklich also bestimmt haben Auf jeden Fall

aber müſste hier die Regel zur Anwendung kommen.

Interpretatio contra eum est facienda, qui clarius loqui debuisset,

da der Testator ohne bestimmte und ausdrückliche Successionsordnung im Fall eines vacant werdenden Antheils wissen und voraussehen muſste, daſs es alsdann bei den gesetzlichen Anordnungen verbleiben werde, wornach jeder Collegatar den Zuwachs zu gleichen Theilen erwirbt.

Allgem. L. R. Th. I. Tit. 12. §. 370.

Judex a quo irrt auch, wenn er glaubt, daſs die beiden Vahrenkampfschen Töchter mixtim conjunctae zu nennen wären. Der Testator hat ja jede besonders zu $\frac{1}{4}$ berufen, und sie haben daher hieraus nicht mehrere Rechte als die übrigen; und überdieſs würde selbst bei Legaten die Conjunctio in uno genere vor der Disjunction keinen Vorzug gewähren, weil hier das Jus accrescendi nicht nach eben den Grundsätzen, wie bei Erbschaften Statt findet, da es gleich viel ist, ob Legatarii disjuncti oder uno genere conjuncti ernannt worden, indem sie immer Portionem virilem acquiriren, so bald ihnen nur eine und dieselbe Sache vermacht worden, wie dieſs Bach in Diss: de Jure accrescendi vollständig zeigt, und wie dieſs auch aus

L. un. Cod. §. 11. De Cad. toll. ohne allen Zweifel hervorgeht, wo es heiſst:

Ubi autem legatarii vel fideicommissarii plures sunt, et ex his pars deficiat, sancimus, eam omnibus pro virili portione accrescere.

In den vorhergehenden §. 9 und 10, hat das Gesetz sehr wohl zwischen dem jure accrescendi bei Erbschaften unterschieden, hier die Conjunctio uno genere ausgezeichnet, solche aber ausdrücklich bei Legaten für unwirksam erklärt.

Es kann also auch der Helena Vahrenkampf verehel. Langen der vacant gewordene Antheil nicht allein zuerkannt werden, sondern er accrescirt allen Collegatarien, also auch dem Kläger zu einem Drittel, und ich bitte hiernach

Sententiam a qua unter Compensation der Kosten zu reformiren.

Berlin d. 2. Jun. 1803.

Buchholz.

Gegen-Deduction
in Sachen des Schuldirectors Vahrenkampf, Bekl. wider den Proviantmeister Anderson, Kläger.

Der Kläger bemühet sich darzuthun, daſs

die verstorbene Maria Sophia Vahrenkampf den ihr im Testament des Rendanten Pfeil zugesicherten vierten Theil der beiden Häuser vor ihrem Tode noch nicht erworben, mithin auch nicht auf ihre Intestat-Erben transferirt habe. Diefs ist und bleibt eine unrichtige Behauptung. Das Fideicommissum singulare hat mit dem Legato gleiche Wirkung,

L. 2. Cod. Comm. Legat. et Fideicomm.
Hellfeldt Jurisprud. forens. §. 1529.

wie diefs auch der Richter erster Instanz schon festgesetzt hat.

Nur frägt es sich blos

Quando dies legatorum vel fideicommissorum cedat?

und hierüber kann kein Streit seyn, da die Gesetze mit dürren Worten festsetzen, dafs alle Fideicommissa pura et non personalia mit dem Todestage des Testators auf den Legatarium oder Fideicommissarium übergehen.

Hellfeldt Jurisprud. forens. §. 1559.

Der Kläger hält aber dieses Fideicommifs für ein bedingtes, weil der Naturalbesitz desselben erst nach dem Tode der Wittwe Pfeil auf die Fideicommissarien übergehen sollte, und hält daher auch dafür, dafs die Maria Sophia Vahrenkampf ihren Antheil nicht habe erwerben oder transferiren können, weil sie schon

vor der Wittwe Pfeil verstorben. Deducent will diess ex L. 14. Dig. Quando dies Legat. herleiten; allein sehr irrig. Dieses Gesetz, welches so ganz allgemein hingeworfen ist, setzt bloss den Fall voraus, wenn jemandem eine Sache fideicommittirt wird, mit der Bedingung, der Erbe werde sie ihm erst nach seinem Tode geben.

Hier ist das Legat oder Fideicommiss quoad dominium suspendirt: denn der Fideicommissar soll erst das Eigenthum nach dem Tode des Erben haben. Nicht aber so lautet das hier in Rede stehende Testament. In diesem werden die beiden Häuser den Fideicommissariis legirt, jedoch wird ihnen zur Pflicht gemacht, der Wittwe den Niessbrauch davon lebenslänglich zu lassen. Die Fideicommissarien sollten also gleich nach dem Tode des Testators, Rendanten Pfeil, Eigenthümer der beiden Häuser werden, sich aber den auferlegten Usuafructus ad dies vitae der Wittwe Pfeil gefallen lassen. Hier war also nicht conditionate legirt, sondern pure, jedoch dabei zu Gunsten der Wittwe ein lebenslänglicher Niessbrauch constituirt. Sonach hatte also auch die verstorbene Vahrenkampf, da sie den Tod des Rendanten Pfeil überlebte, den vierten Theil an den beiden Häusern erworben, und diesen durch ihr nachheriges Abster-

ben, so wie alle übrigen Rechte, auf ihre Intestaterben transferirt. Dieſs ist so klar, daſs es von dem erleuchteten Appellationsrichter, wie zuverlässig zu erwarten steht, nicht wird für zweifelhaft befunden werden. Und selbst L. 4. Dig. l. C. entscheidet im vorliegenden Falle nichts, da hier der Dies, welcher eventualiter den Fideicommissarien gesetzt war, nehmlich das Ableben der Wittwe Pfeil, kein Dies incertus war, mithin auch aller Zweifel über die Wirkungen einer Condition wegfällt.

Wollte man also auch annehmen, wie jedoch nicht ist, daſs der Testator den Erwerb des Fideicommisses quoad dominium von dem Todestage der Wittwe abhängig gemacht habe: so ist dieſs doch keine Bedingung, sondern ein Dies certus, da es gewiſs war, daſs der Todestag der Wittwe dereinst eintreten würde, und jeder Dies certus wird bei Vermächtnissen oder Fideicommissen für nicht hinzugefügt erachtet. Es war gewiſs, daſs die Wittwe Pfeil dereinst sterben würde, und in dieser Hinsicht erwarben die Fideicommissarien schon mit dem Todestage des Erblassers des Rendanten Pfeil, ihren Antheil am Fideicommiſs, und transferirten auch denselben auf ihre Erben. Die Gesetze

L. 21. Dig. Quando dies Legat.

lassen hierüber gar keinen Zweifel übrig, da sie

den jetzigen Fall durch ein ganz treffendes Beispiel entscheiden. Es heiſst daselbst.

> Si dies adposita legato non est, praesens debetur, aut confestim ad eum pertinet, cui datum est.

Nun aber der Fall, wenn ein Dies hinzugefügt ist, und da heiſst es:

> adjecta quamvis longa sit, si certa est, veluti Calendis Januariis centesimis, dies quidem Legati statim cedit, sed ante diem peti non potest.

Wie unrichtig ist nun die Meinung des Klägers, daſs der Fideicommissarius den ihm gesetzten Tag, und hier den Todestag der Wittwe Pfeil erlebt haben müsse, um das Recht auf seine Erben zu transferiren. Daſs die Wittwe sterben würde war gewiſs, und es war ein Dies certus, eben so gewiſs als der erste Januar nach hundert Jahren, (Calendis centesimis) eintreten muſs, welches Beispiel das Gesetz sehr treffend wählt, um die Transferirung des Legats zu beweisen.

Denn welcher Legatar würde wohl einen Diem von hundert Jahren erleben? und dennoch sagt das Gesetz; statim cedit legatum, sed ante diem peti non potest. Es erwirbt also ein solcher Legatar das Legat sogleich; er transferirt es auf seine Erben, und diejenigen Erben, welche nach hundert Jahren ihn repräsentiren, sind

berechtigt das Legat zu verlangen. Ein eben so sicherer Tag (dies certus) wie die Calendae Januariae centesimae war auch der Todestag der Wittwe Pfeil, da dieser auf jeden Fall, unbekümmert um die längere oder kürzere Zeit, eintreten muſste. Eben so gewiſs hat daher auch die verstorbene Vahrenkampf ihren Antheil an dem Fideicommiſs auf ihre Intestaterben transferirt, und diese treten jetzt in Hinsicht des vierten Theils an ihre Stelle.

Bei der Richtigseit dieser Darstellung und Behauptung fällt aber auch der ganze Zweifel über das Jus accreecendi weg; da wenn einmal erworben und transferirt worden, ex jure accrescendi kein Recht mehr entstehen kann. Ich bitte demnach

Sententiam a qua zu reformiren, und dem Schuldirector Vahrenkampf unter Compensation der Kosten zwischen sämmtlichen Litiganten, den dritten Theil des vacanten Antheils zuzuerkennen.

Berlin d. 25. Jun. 1803.

Türcke.

In Appellations - Sachen des Feldproviantmeisters Anderson, des Artillerie - Lieutnant

Gotthilf Vahrenkampf und des Schuldirectors Vahrenkampf, Appellanten wider die verehelichte Lange, gebohrne Helena Regina Louisa Vahrenkampf, Appellatin:

Erkennt der Ober-Appellationssenat des Kammergerichts den Acten gemäſs für Recht:

Daſs Formalia zwar richtig, quoad materialia aber das Erkenntniſs des Instructions-Senats des Kammergerichts, de publ. d. 27. Jan. 1803. lediglich zu bestätigen, auch Appellanten die Kosten dieser Instanz zu tragen und der Appellatin zu erstatten, auch 5 Rthlr. Succumbenz-Gebühren zu erlegen schuldig.

V. R. W.

Gründe.

Es kann wohl keinem rechtlichen Bedenken unterworfen seyn, daſs der verstorbene Rendant Pfeil, durch seine testamentarische Dispotion in Hinsicht seines Immobiliar-Vermögens ein Fideicommiſs constituirt habe. Er sagt ausdrücklich in seinem Testamente:

seine Ehefrau solle sein sämmtliches bewegliches und unbewegliches Vermögen erben und bekommen; er wolle indessen hierbei nachstehende fideicommissarische Substitution und Nach-Erbeinsetzung, jedoch nur

blos wegen des unbeweglichen Vermögens ordnen und machen.

Der Testator nennt hierauf die substituirte Erben und endet damit

dafs er solche insgesammt seiner Ehegenossin Louisa Wilhelmina Vahrenkampf zu Nach-Erben substituire und einsetze.

Diese Worte des Testaments thun zur Genüge dar, dafs nach dem Willen des Testators seine Ehefrau sich nach seinem Tode in dem Verhältnisse eines heredis fiduciarii zu den übrigen in der gedachten Disposition bedachten Personen, als heredes fideicommissarii oder Fideicommissarie substituti, in Rücksicht des Immobiliar-Nachlasses befinden sollte, und ganz ohne allen Grund behaupten daher die Mandatarien der Gebrüdere Vahrenkampf in Deductione, dafs der Testator die eigentlich substituirten Erben zu seinen directen Erben im Testamente eingesetzt und seiner Ehefrau von seinem unbeweglichen Nachlasse, nur den Niefsbrauch auf ihre Lebenszeit ausgesetzt habe.

Da diese vom Testator unbezweifelt angeordnete fideicommissarische Substitution nur einen Theil seines Vermögens, welcher sub lege restitutionis auf seine Ehefrau vererbt wurde, zum Gegenstand hatte; so war das vom Testa-

tor constituirte Fideicommiſs nur ein Fideicommissum particulare, welches, wie bereits in Sent. a qua ausgeführs worden ist, sich nicht nur von einem Fideicommisso universali in Rücksicht des Gegenstandes sowohl, als der daraus entspringenden Rechte und Wirkungen sehr unterscheidet, sondern auch mit einem Legate völlig gleiche Rechte und Verbindlichkeiten erzeugt, nachdem die Justinianäische Gesetzgebung den Unterschied zwischen beiden gänzlich aufgehoben hat.

L. 87. De Legatis.
L. 1. De Legatis.
L. 2. Cod. Commun. Legat.
L. unic. Cod. §. 11. De Cad. tollend.

Die von den Legaten geltenden Grundsätze und zwar zufolge des §. 12. des Publ. Patents vom 5. Febr. 1794., diejenigen, welche das römische Recht aufstellet, müsssn daher bei der Entscheidung des gegenwärtigen Rechtsstreites zur Anwendung kommen, welcher, nachdem sich die Geschwistere Schaering und die verehelichte Rhode bei dem ersten Erkenntnisse beruhigt haben, die Beantwortung folgender drei Fragen zum Gegenstand hat.

1) Ob die verstorbene Maria Sophia Vahrenkampf bereits bei ihren Lebezeiten und gleich nach dem Tode des Testators

Pfeil ein Recht auf den ihr legirten Antheil mit der Wirkung solches auf ihre Erben zu transmittiren erlangt habe, oder nicht?

2) Ob in letzterm Fall den drei übrigen Substituten jedem ein Drittel jure accrescendi zufallen müsse, oder

3) ob sich dieses Jus accrescendi nur auf die eine der substituirten Erben, die Helena Sophia Vahrenkampf, verehl. Geheim. Secretair Lange, erstrecke? —

Was zuvörderst die Beantwortung der ersten Frage betrifft: so kann es keinem gegründeten Zweifel unterworfen seyn, daſs solche verneint werden müsse. Denn der Testator hat in seinem Testamente ausdrücklich verordnet,

> daſs sein unbewegliches Vermögen nach Absterben seiner Ehefrau an die ihr fideicommissarisch substituirte Nacherben zurückfallen solle;

und hiernach soll der Anfall der Erbschaft selbst also von dem Eintritte eines Zeitpunkts abhängen, von dem es zwar gewiſs ist, daſs er eintreffen, aber ungewiſs, wenn dieſs geschehen wird. Eine der Willenserklärung hinzugefügte ungewisse Zeit wird den Bedingungen gleich gesetzt,

L. 75. D. De Condit. et Demonstrat.

und eben so wenig als der Legatarius oder Fideicommissarius particularis vor Erfüllung der ihm auferlegten Bedingung ein Recht auf die ihm vermachte Sache erlangt, oder die Auslieferung derselben von dem Erben fordern kann,

L. 5. §. 2. Quando dies Legat. cedat
§. 7. Cod. de Caduc. tollendis,

eben so wenig steht ihm ein Recht auf dieselbe zu, wenn ihm solche snb die incerto, oder wie im gegenwärtigen Falle dergestallt vermacht ist, daſs er den Tod des Erben abzuwarten hat.

L. 1. §. 2. Dig. de Condit. et Demonstat.
Dies autem incertus est, si ita scribitur. Heres meus cum morietur decem dato, nam diem incertum mors habet ejus, et ideo si Legatarius ante decesserit ad heredem ejus legatum non transit, quia non cessit dies vivo eo, quamvis certum fuerit moriturum heredem.

Confer. Brunnemanni Consil. Cons. 155. Just. Henn: Boehmeri Consultationes et Decisiones Tom. II. Resp. 845.

Diesem Gesetze, welches, wie aus den angeführten Rechtslehrern hervorgeht, in sententionando beständig zur Richtschnur gedient hat, steht auch

L. 21. pr. D. Quando dies Legat.

Si dies adposita legato non est, praesens debetur, aut confestim ad eum pertinet, sui datum est, adjecta quamvis longa sit, si certa est, veluti Calendis Januariis centesimis, dies quidem legati statim cedit, sed ante diem peti non potest. At si incerta, quasi cum pubes erit, cum in familiam nupserit et caet: nisi tempus conditione obtigit, neque res pertinere, neque dies legati cedere potest,

nicht im mindesten entgegen. Denn im Vordersatze wird von einem völlig bestimmten Zeitpunkte gesprochen, von welchem es gewiſs ist, daſs derselbe eintreffen wird. Bei einem auf solche Art angeordneten Legate bekommt der Legatar sogleich nach dem Tode des Testators ein Recht auf dasselbe, ohne jedoch die Prästation desselben verlangen zu können;

Dagegen aber wird im Nachsatze von einer Zeit gehandelt, von der es nicht nur ungewiſs ist, ob, sondern auch wenn sie eintreffen wird, und hier wird ausdrücklich bestimmt, daſs in solchem Falle der Legatar noch kein Recht auf das Legat durch den Tod des Testators erhalten soll.

Beide Fälle können aber im Vorliegenden

nicht zur Anwendung gezogen werden, und es ist daher eine ganz unrichtige Meinung des Mandatarii des Schuldirectors Vahrenkampf, wenn er aus dieser Gesetzstelle ein Recht auf einen Theil des vacant gewordenen Antheils für seinen Mandanten herzuleiten sucht.

Die verstorbene Maria Louisa Vahrenkampf hatte also hiernach nach dem Tode des Rendanten Pfeil noch kein Recht auf den ihr legirten Antheil an den Immobiliar-Nachlafs desselben erlangt; ein solches würde ihr erst durch den Todt der Fiduciar-Erbin zugefallen seyn, da deren Ableben der Zeitpunkt war, den der Testator selbst, als den Terminum a quo bestimmt hatte. Sie konnte folglich auch kein Recht an jenen Antheil auf ihre Erben transferiren. Mit diesen Vorschriften des gemeinen Rechts stimmt auch das

Allgem. L. R. Th. 1. Tit. 12. §. 483. 486.

vollkommen überein, und es leidet daher durchaus kein Bedenken, dafs die Gebrüder Vahrenkampf mit ihren Ansprüchen abgewiesen werden müssen.

Dagegen aber frägt es sich nunmehr, ob jener Antheil, vermöge des Zuwachsrechts sämmtlichen fideicommissarisch substituirten Erben, oder nur der Einen von ihnen, der Helena Sophia Vahrenkampf anheim falle? Um diese Streitfrage

frage zu entscheiden ist es vorzüglich nöthig auf das Testament selbst, auf die Art und Weise wie der Testator in demselben disponirt, zu recurriren.

Der Testator verordnet in seinem letzten Willen wörtlich folgendes:

Es soll, nehmlich nach Absterben meiner geliebtesten Ehefrau, mein unbewegliches Vermögen, welches in zwei in Cölln am Wasser belegenen Häusern besteht, an nachstehende Bluts-Verwandte, als

1) die Kammerfrau bei Ihro Königl. Maj. der verwittweten Königin, Anna Henrietta Vahrenkampf

2) die beiden Töchter des verstorbenen Diaconi Vahrenkampf zu Gollnow, Maria Sophia und Helena Sophia, die Geschwistere Vahrenkampf, die ich bereits zur Erziehung bei mir habe,

3) meinen Halbbruder-Sohn, den Königl. Feldproviantmeister Philipp Gabriel Anderson, oder, wenn derselbe vor mir mit Tode abgehen sollte, dessen eheleibliche Kinder, die ich insgesammt meiner Ehegenossin Louise Wilhelmine Vahrenkampf zu Nacherben fideicommissarisch substituire und einsetze, hinwiederum zurückfallen.

Hierauf bestimmt der Testator die Art der Theilung unter den gedachten substituirten Personen folgendergestalt:

Nach Absterben meiner geliebten Ehegenossin soll demnach von meinen beiden Häusern

1) die Kammerfrau Anna Henrietta Vahrenkampf fideicommissarisch ein Viertel erben und als ihr Eigenthum behalten,

2) soll die älteste Tochter des verstorbenen Diaconi Vahrenkampf, Maria Sophia Vahrenkampf ein Viertheil von meinen beiden Häusern Fideicommissarisch erben,

3) soll die jüngste Tochter des verstorbenen Diaconi Vahrenkampf, Helena Sophia Vahrenkampf von meinen beiden Häusern ein Viertel fideicommissarisch erben.

Die beiden Geschwistere Vahrenkampf, fügt der Testator hinzu,

erben und bekommen also zusammen die Hälfte an beiden Häusern.

4) soll mein Halbbruder-Sohn, der Königl. Feldproviantmeister Philipp Gabriel Anderson ein Viertel fideicommissarisch erben.

Nach dieser Disposition des Rendant Pfeil könnte es zwar scheinen, als ob sämmtliche Fideicommissarien pro rata ihrer vom Testator selbst bestimmten Portionen ein Zuwachsrecht an der vacanten Portion der verstorbenen Vahrenkampf zustände, da ihnen eine und dieselbe Sache, in einer und derselben Periode vermacht ist, und sie mithin nach den Gesetzen als re et verbis conjuncti anzusehen seyn möchten:

Quod si re et verbis simul conjuncti sunt legatarii, quales sunt, quibus una eademque res, una eademque oratione legata est

Voet ad Tit. de Legat. et Fideicommifs §. 60.

L. 80. Dig, de Legatis

L. un. Cod, §. 11. de caduc. tollend.

Allein diese von dem Anderson aufgestellte Behauptung kann nicht gebilligt werden: denn aus der Fassung der Disposition geht hervor, dafs der Testator die Geschwistere Vahrenkampf unter sich in eine andere Verbindungsform brachte, als sämmtliche Fideicnmmissarien unter einander; indem er sie mit den Worten,

die beiden Geschwistere Vahrenkampf,

zu Nacherben einsetzte, verband er sie enger als jene: er berief sie nomine collectivo und in dieser Hinsicht sind sie als eine Person zu betrachten.

Plures collective sumtae pro una reputantur persona, voluntatis tamen habita ratione;

Boehmer ad Tit. V. Lib. 28. Dig. §. 8.

Man kann diesem nicht den Einwand entgegensetzen, daſs der Testator nur der Kürze wegen die Geschwistere Vahrenkampf nomine collectivo und nicht einzeln genannt habe, obschon ein solcher in den Gesetzen angetroffen wird;

L. 66. Dig. de hered. instit.

Denn diese gesetzliche Vermuthung wird dadurch gänzlich elidirt, daſs der Testator späterhin, nachdem er die Theilung angeordnet, und auch die Geschwister Vahrenkampf einzeln genannt hatte, sie dennoch in eben der Verbindungsform wie vorher, zusammenfaſste, indem er sagte,

die beiden Geschwistere Vahrenkampf bekommen also zusammen die Hälfte,

und mithin auch in dieser Stelle die Disposition ihrer in einer ganz andern Verbindungsart, als der, welcher er sich bei der Erwähnung der übrigen Erben bedient hatte, gedachte.

Es ist aber, ohne einmal auf die aus dem übrigen Inhalte der letztwilligen Disposition zu entnehmenden praesumtiven Willensmeinung des Testators zu sehen, schon den Rechten nach ein Unterschied zwischen den Personen, welche in einer und derselben, und zwischen denjenigen,

welche in einer verschiedenen Verbindungsform als Erben oder Legatarien ernannt worden sind. Diejenigen, denen in einer und derselben Proposition eine und dieselbe Sache vermacht worden ist, haben einen Vorzug vor den in verschiedenen Propositionen genannten Personen;

L. 63. D. de hered. Instit.

Letztern steht kein Zuwachsrecht an der wegfallenden Portion eines der erstern zu, und sie werden gänzlich von diesen ausgeschlossen. So szgt

Voet. ad Lib, 29. Tit. II. §, 39.

Sed si diversimode, dum quidam conjuncti, alii disjuncti sunt, conjuncto quidem uno deficiente ad partem ejus soli vocantur conjuncti eodem conjunctionis genere, exclusis disjunctis atque conjunctis diverso conjunctionis genere, exclusis disjunctis atque conjunctis diverso conjunctionis modo — — — Rursus, si testator dixerit, primus et filii Mevii et nepotes Sempronii heredes mihi sunto, primo deficiente, pars ejus pro semisse accrescit filiis Mevii, et pro altero semisse nepotibus Sempronii, quotquot fuerint: sed deficiente uno ex filiis Mevii, reliquis tantum Mevii filiis accrescit ea pars, non primo, nec Sempronii

nepotibus, quia illi respectu filiorum Mevii non conjuncti, sed disjuncti sunt.

Sieht man aber auch auf die muthmaſsliche Willensmeinung des Testators: so ist es höchst wahrscheinlich, daſs er die wegfallende Portion der Einen der Geschwistere Vahrenkampf der andern habe zugewandt wissen wöllen. Denn indem der Testator solche damals zur Erziehung bei sich hatte, vertrat er bei ihnen die Stelle des verstorbenen Vaters, und er scheint ihnen vorzüglicher zugethan gewesen zu seyn, als den übrigen Legatarien, unter denen er gegen den Kläger so gar ein Miſstrauen hegte, und ihn deshalb auch nur sub conditione zum Nacherben einsetzte.

Die verehelichte Lange ist also die einzige, der die wegfallende Portion ihrer verstorbenen Schwester zugesprochen werden muſs, und eben so wenig wie sie diesen Vortheil durch ihre Erklärung im Protocoll vom 17. Mart. a. p. verscherzt hat, eben so wenig kann ihr ihre unrichtige Benennung im Testamente und ihr Ausbleiben in dem späterhin angestandenen Termin, zu welchem sie unter der Verwarnung, daſs wenn sie nicht erschiene, angenommen werden sollte, als räumte sie den von dem Kläger formirten Anspruch unbedingt ein, vorgeladen worden war, Nachtheil bringen: denn ihre Er-

klärung im gedachten Protocoll geht dahin, daſs sie sich, wenn das Testament der Wittwe Pfeil aufrecht erhalten würde, die gemeinschaftliche Einsetzung mit ihren Brüdern in ein Drittheil der Erbportion ihrer verstorbenen Schwester gefallen lieſse, so wie sie sich bei Anullation jenes Testaments dem unterwerfen wolle, was nach den Gesetzen und den in Gemäſsheit derselben festzusetzenden Principien der Erbtheilung in Rücksicht ihrer Succession angenommen werden würde. Sie begab sich folglich durch diese Erklärung keinesweges ihres Successions-Rechts, sondern submittirte vielmehr nur auf richterliche Entscheidung, ohne ihre Gerechtsame weiter ausführen zu wollen. Jede fernere Einlassung auf die Klage wäre auch unnütz gewesen, da keine streitigen Thatsachen im gegenwärtigen Prozesse vorkommen und nur über die Beantwortung der aufgestellten Rechtsfsagen und über die Anwendung dieses oder jenes Gesetzes gestritten werden konnte, welches aber ohnehin nicht Gegenstand der Instruction seyn soll.

Allgem. Gr. Ordn. Tit. 10. §. 1. sequ.

Daher war auch die Verwarnung unter welcher die verehelichte Lange unter dem 22. Mart. a. p. vorgeladen wurde, ganz unrichtig: denn nur Thatsachen, und keine Rechtsbehauptungen

sollen in Contumaciam für zugestanden und wahr angenommen werden,

Allgem. Ger. Ordn. §. 10. Tit. 8. Th. 1.

weil letztere unmittelbar aus den bestehenden Gesetzen derivirt werden, die durch das Nichterscheinen einer sub poena Contumaciae vorgeladenen Parthey keine Veränderung erleiden können.

Die verehel. Lange hat übrigens, wie aus ihrer Unterschrift hervorgeht, die Vornahmen Helena Regina Louisa. Im Testament des verstorbenen Pfeil wird aber einer Helena Sophia und in der Disposition der Wittwe Pfeil einer Helena Regina Vahrenkampf gedacht. Es leidet indessen keinen Zweifel, dafs jene Helena Sophia und Helena Regina die jetzt genannte verehelichte Langen ist, auch haben die übrigen Partheien sie für diejenige anerkannt, deren der Pfeil und dessen Ehefrau in ihren Testamenten gedacht haben. Eine unrichtige Benennung des Erben schadet der Erbeinsetzung nicht, wie solches nach den Gesetzen

L. 48. §. 3. D. de hered. instit.

keinem Bedenken unterworfen ist. Hiernach mufste das ergangene Erkenntnifs lediglich bestätigt werden, wovon die den Appellanten ge-

schehene Auferlegung der Kosten eine rechtliche Folge ist.

v. Wyckersloot.

Bei diesem am 29. Sept. 1803. publicirten Erkenntnisse beruhigten sich sämmtliche Interessenten bis auf den Artillerie-Lieutnant Vahrenkampf, welcher dagegen das Remedium Revisionis einwandte.

Deductio in Revisorio für den Lieutnant Vahrenkampf, Bekl. und Revidenten wider die verehelichte Geh. Secretair Lange.

Beide vorige Erkenntnisse stellen eine nicht geringe Anzahl älterer und mit diesen übereinstimmender neuer Gesetze auf, in welche sich der durch den Tod des Testirers, Rendanten Pfeil, unabänderlich gewordene Wille desselben jetzt fügen soll.

Voluntas hominis tollit voluntatem legis. Nur dann sollen und dürfen bei der Auslegung einer Willenserklärung die Bestimmungen der

Gesetze eintreten, wenn die Willenserklärung im Ganzen, oder in ihren einzelnen Theilen entweder ungültig oder unbestimmt ist. So geachtet schon im Allgemeinen dieser Grundsatz ist; so dringend wird er noch besonders bei Auslegung einer letztwilligen Verordnung in zahlreichen Stellen der Gesetze älterer und neuerer Zeiten empfohlen. Es ist unbestritten und durch seine Anwendung allgemein als gültig anerkannt und deshalb glaube ich, um einem gerechten Vorwurfe zu entgehen, hier zu seiner Rechtfertigung auch nicht eines Wortes noch gedenken zu dürfen.

Was nun dem Genus eigen ist, kann ja natürlich auch seiner Species nicht fremd seyn; und daher sehe ich nun auch keinen Grund ab, auf welchem in dem vorliegenden Falle eine Ausnahme von dieser Regel gemacht werden könnte; der Wille des Testators ist zu deutlich und zu bestimmt, als daſs die künstlich geschehene Deutung desselben sich rechtfertigen lieſse.

Zweckmäſsig wird hier folgender kurzer, dem Willen des Testirers entsprechender und folglich getreuer Auszug aus dem Testament zum Beweise meiner Behauptung dienen.

Der Rendant Pfeil verordnete in dem mit seiner Ehefrau im Monat Jun. 1791. errichteten testamento reciproco

dafs seine Ehefrau zwar Universalerbin seines ganzen sowohl beweglichen als unbeweglichen Nachlasses seyn, jedoch in Hinsicht des letztern blos den lebenslänglichen Niefsbrauch erben, mithin nicht befugt seyn sollte, die Substanz des letztern zu verändern oder zu destruiren, dafs ihr jedoch nachgelassen seyn sollte, ein die Summe von 1000 Rthlr. in Golde nicht überschreitendes Capital darauf aufzunehmen. Nach dem Tode seiner Ehefrau sollten

$\frac{1}{4}$ die Anna Henrietta Vahrenkampf,
$\frac{1}{4}$ die Maria Sophia,
$\frac{1}{4}$ die Helena Sophia
beide letzten Geschwistere Vahrenkampf, zusammengerechnet, also die Hälfte
$\frac{1}{4}$ der Philipp Gabriel Anderson,
als volles Eigenthum erhalten.

So war der Wille des Testators.

Ob er nun gleich nicht mit den ausdrücklichen Worten verordnete, dafs seine Ehefrau die Substanz des unbeweglichen Vermögens nicht verändern sollte: so ergiebt sich sein Wille dafür doch daraus ganz deutlich einmal, dafs er sagte,

seine Ehefrau sollte blofs den Niefsbrauch haben,

und sodann dafs er verordnete:

seine auf den Todesfall seiner Ehefrau in dem unbeweglichen Nachlafs substituirte Erben sollten seine Ehefrau an Contrahirung einer die Summe von 1000 Rthlr. in Golde nicht übersteigenden Schuld zu verhindern, nicht berechtigt seyn.

Aus dem Erstern folgt nun, dafs die Ehefrau das erste wesentliche Erfordernifs des Eigenthums die Proprietät nicht hatte; aus dem Zweiten ergiebt sich, dafs der Testator den Substituirten (wie er sie nennt) schon bei Lebzeiten der Ehefrau Rechte auf den Immobiliarnachlafs verlieh, vermöge welcher sie verhindern konnten und sollten, dafs darauf kein höheres Capital aufgenommen werden durfte. Wenn nun also die Ehefrau die Proprietät nicht hatte, wem stand sie denn sonst zu, als den vier sogenannten Substituten? deutlicher giebt sich diefs noch aus den derselben verliehenen Rechten, welche Ausflufs aus der Proprietät sind. Die Cessio diei war also mit dem Todestage des Erblassers vorhanden, weil die Substituirten von diesem Tage an die Ausübung der oben erwehnten Rechte erhielten, und wenn die Cessio diei da ist; so werden die Rechte auf die Erben trans-

ferirt, wie diefs auch in beiden ersten Erkenntnissen nicht bestritten, vielmehr durch die daselbst angeführten Gesetze hinlänglich dargethan ist.

Der Testator hatte folglich kein bedingtes noch ein diesem gleich zu achtendes Vermächtnifs hinterlassen: denn verordnen auch gleich die Gesetze, dafs die Einsetzung zum Erben oder Legatar unter Bestimmung einer Zeit, die in Ansehung, dafs sie kommen werde zwar gewifs, allein ungewifs ist, wenn sie kommen werde, für eine bedingte erachtet, die Erbschaft oder das Legat also auch nicht eher, als bis die Bedingung erfüllt oder der ungewisse Tag erlebt ist, acquirirt werden soll: so passen sie doch gar nicht auf den vorliegendenden Fall schon nach meiner obigen Ausführung.

Zur Widerlegung des von den beiden Richtern aufgestellten Grundsatzes, bemerke ich daher nur noch folgendes.

Der Erblasser setzte sowohl auf den Fall, dafs seine Ehefrau sich als Testamentserbin erklärte, als auch, dafs sie sich für Nicht-Erbin erklärte, und blos etwa ihre Illata zurückfordern wollte, die vier oben gedachten Personen zu Fideicommissarien ein, nur mit dem einzigen

Unterschiede, daſs wenn seine ihm überlebende Ehefrau die Erbschaft antreten wollte, sie auch den Nieſsbrauch des unbeweglichen Vermögens haben sollte. Freilich ist hier die Zeit, wenn sie sterben würde, ungewiſs; allein was folgt hier daraus? nur so viel, daſs die Zeit ungewiſs war, wenn die Fideicommissarien den Besitz des Fideicommisses bekommen sollten; und das Recht, den Besitz einer Erbschaft verlangen zu können, heiſst bei den Römern Dies venit. Allein so viel verlangen die Rechte nicht um eine Erbschaft oder ein Legat auf die Erben transferiren zu können; dazu ist die Cessio Diei hinreichend, und daſs diese da war, habe ich vorhin hinlänglich ausgeführt.

Jeder Satz des Testaments spricht für meine vorhin abgegebene Erklärung des Testaments, und ich will nur noch dieses anführen. Der Testator sagte:

> Sollte der, Anderson vor mir mit Tode abgehen: so sollen dessen eheliche Kinder in das ihm bestimmte $\frac{1}{4}$ des Immobiliarnachlasses substituirt seyn.

Das heiſst: sollte der Anderson sterben, ehe er Rechte auf die ihm bestimmte Quota acquirirt hätte, ehe er rechtlich diese auf seine Erben transferiren könnte: so will ich doch, daſs das

Jus accrescendi nicht Statt finden soll, und ich setzte daher auf diesen Fall dessen Kinder zu Erben auf die ihm bestimmt gewesene Quota ein.

Den Fall liefs der Testator unberührt, wenn der Anderson nach seinem des Testators Tode aber noch während des Lebens seiner Ehefrau der Usufructuariae stürbe, weil er sich hier deutlich genug dahin erklärt hatte, dafs nach seinem Tode die überlebenden Erben die ihnen vermachten Quota auf ihre Erben wieder transferiren müfsten.

Alle Immobiliar-Erben waren mit gleichen Worten, mit gleichen Rechten eingesetzt worden, und es läfst sich bei dieser bei dem Anderson noch näher hinzugefügten Bestimmung ganz genau auf seinen Willen wegen der Einsetzung der andern drei Immobiliar-Erben schliefsen.

Alle diese Bestimmungen des Testaments rechtfertigen den Antrag des Revidenten Lieutnant Vahrenkampf hinlänglich,

Sententias a quibus dahin abzuändern, dafs die der Maria Sophia Vahrenkampf im Testament des Pfeils bestimmte Quota des Immobiliarnachlasses deren Schwester Vahrenkampf verehel. Lange, jure ac-

crescendi nicht zuzusprechen, vielmehr den dreien Intestaterben der verstorbenen Maria Sophia Vahrenkampf, folglich dem ex actis als Intestat-Erben bereits legitimirten Rendanten, Lieutnant Vahrenkampf $\frac{1}{3}$ desselben zu verabfolgen.

In Hinsicht des Kostenpunkts submittirt der Revident lediglich auf die gesetzliche Vorschriften, und ich ersterbe in tiefster Submission

Ew. Königl. Majestät

Berlin d. 5. Nov. 1803.

allerunterthänigster

Knack.

In Sashen des Artillerie-Lieutnants Vahrenkampf, Intervenienten und Revidenten, gegen seine Schwester, die Ehegattin des Geheimen Secretairs Lange, Helena Louisa, gebohrne Vahrenkampf, Verklagte

jetzt Revisin,

Erkennen Wir Friedrich Wilhelm von Gottes Gnaden, König von Preußen etc. etc. den Acten gemäß hierdurch für Recht:

Daß Formalia Revisionis zwar richtig, in der

Sache

Sache selbst aber die vorigen Erkenntnisse de publ. d. 27. Januar und 29. Sept. 1803. lediglich zu bestätigen, Revident auch die Kosten dieser Instanz allein zu tragen und 20 Rthlr. Succumbenz - Gelder zu bezahlen verbunden.

V. R. W.

v. Koenen.

Publ. d. 15ten Mart. 1804.

II.

Kann ein Mit-Erbe seinen Antheil an einem in seiner Minderjährigkeit veräussertem Guthe, nach erlangter Grofsjährigkeit vindiciren?

Der Bürger und Schlächtermeister Adam Christian Troll zu Wittstock setzte am 27. Jun. 1788. in einem, vor dem Magistrat daselbst aufgenommenen Testamente, seine Ehefrau Ottilia Maria Elisabeth gebohrne Kaphengst und seine beiden mit ihr erzeugten Kinder Carl Friedrich Hartwig und Regina Sophia Dorothea zu Universal-Erben seines Vermögens ein, mit der Maafsgabe, dafs seine Ehefrau, im Fall sie bis zu ihrem Tode sich nicht wieder verheirathete, in ungetheilten Gütern bleiben

und seinen Kindern nichts weiter herauszugeben schuldig seyn sollte, als was dieselben zu ihrer Unterhaltung oder zu ihrer etwanigen Aussteuer oder Etablissement bedürfen würden. Der Sohn Carl Friedrich Hartwig starb bald darauf im Sept. 1788.

Zu dem Nachlasse des Testators gehörte auch ein, in dem Dorfe Biesen liegendes Ritterguth. Dieses verkaufte die Wittwe Troll mit Beistimmung des Vormundes und des Obervormundes der oben genannten Minderjährigen am 10. Jun. 1791. an die Gemeine zu Biesen für ein Kaufgeld von 6000 Rhtl. in Friedrichsd'or.

Die hinterlassene Tochter des Schlächtermeisters Troll verheirathete sich bald nachher an den Kaufmann Kaphengst in Wittstock und da sie mit dem von ihrer Mutter, der Wittwe Troll, vorgenommenen Verkauf des Ritterguths in Biesen an die dortige Gemeine unzufrieden war, weil sie ihre Rechte verletzt zu seyn glaubte, wurde sie deshalb in Beistand ihres Ehemannes gegen die Gemeinde zu Biesen klagbar und trug am 8. Aug. 1802. darauf an,

> die Gemeine zu Biesen in die Herausgabe des ihr verkauften Ritterguths, und in die Prozeſskosten zu verurtheilen.

Beide Theile reichten durch ihre Mandatarien nach

geschlossener Instruction in erster Instanz folgende Deductionen ein.

Rechtliche Ausführung in erster Instanz für die verehelichte Kaufmann Kaphengst, gebohrne Troll in Wittstock, in Beistand ihres Ehemanns, Klägerin, wider die Gemeine zu Biesen, Beklagtin.

Allerdurchlauchtigster etc.

Der Deducent hält es für überflüſsig eine besondere Geschichtserzählung vorauszuschicken, da selbige in dem Statu Causae et Controversiae vollständig enthalten ist, vielmehr wendet er sich gleich zur Erörterung der Frage:

> ist der über das Rittergnth Biesen zwischen der Wittwe Troll und dem Vormunde ihrer Kinder und der verklagten Gemeine am 8. Jun. 1791. geschlossene Kauf-Contract zu Recht beständig oder nicht?

Im Eingange dieses Vertrags wird zuvörderst der Satz aufgestellt:

> daſs ein für allemal der Königl. Consens zum weitern Verkauf des Ritterguts Biesen an bürgerliche Personen erfolgt sey.

Diese Voraussetzung war, wie die Folge gezeigt hat, durchaus falsch. Die Käufer waren zur Ac-

quisition unfähig, und es war mithin gar kein Gegenstand einer gültigen Willenserklärung vorhanden, woraus von selbst folgt, daſs das ganze Geschäft vom Anfange an, ungültig war:

Hellfeldt, Jurisprud. forens. §. 304.

Allgem. L. R. Th. 1. Tit. 4. §. 5.

denn jeder Irrthum in ausdrücklich vorausgesetzten Eigenschaften der Person oder Sache, vereitelt die Willenserklärung

Allgem. L. R. L. C. §. 77.

Hellfeldt L. C. §. 297. sequ.

L. 9. Dig. de Contrah. emt. vendit.

Es wird ferner in dem gedachten Contract behauptet,

daſs die Verkäuferin, Wittwe Troll, durch das Testament ihres Ehemannes die völlige und alleinige Benutzung des ganzen Vermögens und Nachlasses und freie Disposition darüber, so lange sie lebe, erhalten habe.

In dem gedachten Testamente aber befindet sich keine Spur davon, daſs die Wittwe die freie Disposition über den Nachlaſs haben solle. Es wird darinn blos gesagt, daſs

dieselbe, so lange sie im unverheiratheten Stande leben, in ungetheilten Gütern bleiben und den Kindern nichts weiter, als was zu ihrem etwanigen Etablissement er-

forderlich, herauszugeben schuldig seyn soll.

Hätte der Testator seiner Ehefrau quoad Substantiam des Nachlasses ein Recht einräumen wollen: so wäre nicht nur die Einschränkung,

dafs das Vermögen conservirt werden solle,

ganz zwecklos, sondern auch das Testament ungültig, weil alsdann die Ausmittelung des Pflichttheils, die nach bekannten Gesetzen durch letztwillige Verordnungen der Eltern nicht verboten werden kann, hätte erfolgen müssen. Schon der Ausdruck in ungetheilten Gütern beweiset, dafs die Wittwe über die Substanz des Nachlasses nicht ohne Zuziehung der Miterben verfügen konnte. Die Klägerin war mit ihrer Mutter und ihrem verstorbenen Bruder als Universal-Erbin titulo honorabili instituirt, und kein Mit-Erbe hat das Recht Erbschaftsstücke zu veräussern, so lange keine Auseinandersetzung erfolgt ist. Auch wurde der Vormund bei dem Kaufgeschäfte zugezogen und über seine Einwilligung in den Verkauf des Guths nochmals in einem besondern Protocoll vernommen; — ein deutlicher Beweis, dafs die Einwilligung der minderjährigen Miterben von sämmtlichen Interessenten für nothwendig geachtet wurde. Wenn dessen ungeachtet im Contracte behauptet wird, dafs der Wittwe Troll die freie Dis-

position über das ganze Vermögen, außer der Benutzung zustehe: so ist dieß abermals ein Irrthum, welcher den Contract aufhebt, und es tritt diese Folge auch aus dem Grunde ein, weil der Gegenstand des Vertrags dem Arbitrio et Dispositioni pasiscentium gar nicht unterworfen war.

Hellfeldt L. C. §. 304.

Allgem. L. R. Th. I. Tit. 4. §. 2.

Verklagte vermeinen zwar, daß der Wittwe Troll nach ihrem Erbrechte ihr wenigstens über die Hälfte der Substanz des ererbten Vermögens die freie Disposition zugestanden; sie mithin auch das qu. Guth habe gültig veräußern können, weil durch diesen Kauf das Vermögen nicht verringert worden, nnd das Kaufgeld nicht die Hälfte des gemeinschaftlichen Vermögens betragen habe. Allein nicht zn gedenken, daß die Wittwe Troll nach der obigen Ausführung nur als Nießbraucherin des Vermögens betrachtet werden muß: so kann auch der Beweis geführt werden, daß die Verkäufer bei dem qu. Geschäfte über die Hälfte verletzt, mithin das Vermögen verringert worden sey. Hiezu kommt, daß es nicht von der Laune der Wittwe Troll oder des Vormundes abhing, welchen Theil des Vermögens ein oder der andere Erbe als zu seiner Hälfte gehörig, sich zueignen wollte, da jede Erbschaft

ein Universitas juris ist, und eine Vertheilung des Nachlasses bei der Concurrenz minorenner Mit-Erben nur gerichtlich cum effectu geschehen konnte. Endlich zeigt der Contract, daſs die Verkäufer solchen hauptsächlich in der Meinung:

> daſs bei der vorgehabten Gemeinheits-Aufhebung nicht nur die gröſsten Schwierigkeiten sich hervorgethan, sondern daſs das Guth auch nach der Gemeinheits-Aufhebung den Besitzern dennoch äuſserst lästig bleiben und nicht vortheilhaft seyn würde,

eingingen.

Diese Meinung war aber ebenfalls irrig, wie sich aus den Separations-Acten ergiebt, und in diesem Irrthume wurden die Verkäufer einzig und allein durch den Separations-Commissarius (welcher die angeblichen Schwierigkeiten freilich am besten hätte beurtheilen können) inducirt. Hätten die Verkäufer gewuſst, daſs die Separation keinesweges so schwierig sey, als ihnen eingebildet wurde, und daſs am allerwenigsten der Besitz des Guths nach erfolgter Separatiou ihnen äuſserst lästig seyn würde: so würde es ihnen nie eingefallen seyn, dasselbe zu verkauffen. Also auch aus diesem Gesichtspunkte betrachtet, ist das Geschäft für sie unverbindlich.

Ist solchem nach das Kauf-Geschäft qu.

auch in Rücksicht der Wittwe Troll ungültig: so bedarf es der Berufung auf die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ex capite minorennitatis in Ansehung der Klägerin gar nicht.

Daſs aber der Contract vom 10. Jun. 1791. die Klägerin nicht verbinden konnte, und daſs die Einwilligung ihres Vormundes unzureichend war, ist sonnenklar. Es ist bekannt, daſs schon nach gemeinen Rechten zu einer Veräusserung der, Minderjährigen zustehenden Sachen, 1) justa causa, 2) causae cognitio, 3) decretum de alienando, schlechterdings erfordert werden. Diese Bestimmungen sind auch in der Vormundschafts-Ordnung von 1718. welche hier als ein Provinzial-Gesetz und da von einem vor Publication des Allgem. L. R. eingetretenen Fall die Rede ist, zur Anwendung kommen muſs. Der §. 50. der gedachten Verordnung setzt fest, wie die Veräusserung unbeweglicher Güther geschehen müsse. Es soll nehmlich der Vormund

1) beibringen, daſs die vorhabende Veräusserung wahrhaftig aus Noth und wegen der Unmündignn dringenden Schulden, oder unentbehrlichen Unterhalts geschehen müsse, oder sonst ein offenbahrer sonderlicher Vortheil, welcher doch den Gerichten deutlich gewiesen und do-

cirt werden muſs, dem Pupillo dadurch geschaft werde.

Ton allen diesem ist auch nicht das Geringste geschehen, und nirgends erhellt, daſs der Vormund seine Behauptung, daſs das Guth seinen Besitzern lästig seyn würde, dem Gericht deutlich gewiesen und docirt hätte.

2) Darüber dann die Obrigkeit, unter welcher der Unmündige gesessen, oder die Güther gelegen, zuvörderst sich zu erkundigen und wohl zu erwegen hat: ob dergleichen Ursachen sich in der Wahrheit finden etc.

Die hier der Obrigkeit ausdrücklich zur Pflicht gemachte Causae Cognito ist gänzlich unterblieben. Dieselbe soll so dann

3) nach richtig befundenen Umständen ihr Decret oder Obrigkeit und gerichtliche Erkenntniſs mit deutlicher Ausdrückung der Ursachen, welche beigebracht worden und sie die Alienation zu bestätigen bewogen haben, ertheilen, darauf dann

4) nach vorheriger Taxation die Subhastation ergehen und das Guth zu feilen Kauf ausgebothen werden soll.

Ist auch nur eine dieser wesentlichen Förmlichkeiten beobachtet? Verklagte selbst gestehen zu, daſs solches nicht geschehen sey. Sie meinen

aber, dafs das Decretum de alienando tacite! ertheilt worden sey, und nöthigen Falls annoch ausgefertigt und zu den Acten geschafft werden könne. Eine so abgeschmackte Behauptung zu widerlegen kann Niemandem zugemuthet werden. Es wird genug seyn, noch die Schlufsworte des §. 50. der Vormundschafts-Ordnung anzuführen, wo es heifst:

> dafs ohne gerichtlichem decreto und erzählten Actibus judicialibus die Alienatio nicht zulässig seyn solle.

Endlich entscheidet sich der Streit durch die klare Bestimmung des §. 51. eben daselbst:

> Wofern uun dieses nicht genau also in Acht genommen worden, oder es sich befindet, dafs die obrigkeitliche Bewilligung ohne erhebliche genugsame Ursachen erfolgt: soll der Kauf zu Recht nicht gültig seyn.

Der Mangel der Subhastation allein annullirt das angefochtene Kaufgeschäft, womit auch das Allg. Landrecht Th. II. Tit. 18. §. 556. vollkommen übereinstimmt.

Die Ausnahmen des §. 52. der Vormundschafts-Ordnung von 1718 existiren hier nicht. Denn wenn auch, wie doch nicht geschehen kann, der Wittwe Troll, von dem in Rede stehenden Guthe ein Mit-Eigenthumsrecht quo ad Substantiam zugestanden werden könnte: so

hat sie doch nie erklärt, daſs sie mit der minderjährigen Mit-Erbin nicht länger in Gemeinschaft bleiben wolle, wie denn auch in solchen Fällen,

> doch der Obrigkeit die Ursache jedesmal angezeigt und bescheinigt, auch darauf Verordnung erwartet werden muſs.

Endlich steht der Klägerin die Verjährung keinesweges entgegen. Nach der Vormundschafts-Ordnung §. 51. und 53. steht es dem Curando nach erlangter Groſsjährigkeit oder Venia aetatis fünf Jahre lang frei:

> das erkaufte Guth gegen Erstattung des empfangenen Kaufgesdes, wenn der Käufer erweiset, daſs solches dem Pupillo zum Besten angewandt, wieder an sich zu nehmen.

Die Klägerin ist am 7. Sept. 1773. gebohren. Sie erreichte also am 7. Sept. 1797. das 24. Jahr. Hiernach ist bis zum 8. Aug. 1802. wo die Klage angestellt wurde, noch nicht der fünfjährige Zeitraum verstrichen, wie dann auch die Klägerin ihre Beschwerden gegen die Veräusserung schon vor Anstellung dieser Klage öfters angebracht hat.

Da nun das Allgem. L. R. Th. II. Tit. 18. §. 595. den Pflegbefohlnen sogar eine zehnjährige Frist zur Zurückforderung der durch einen

lästigen Vertrag veräusserten Sache gestattet: so ist nicht abzusehen, was die Gegner mit ihrem von der Verjährung hergenommenen Einwande sagen wollen.

Aus allen diesen Gründen inhaerire ich lediglich dem Klage-Antrage, und ersterbe in tiefster Ehrfurcht

Ew. Königl. Majestät

Berlin d. 27. März 1804.

allerunterthänigster

Knack.

Rechtliche Ausführung

erster Instanz, für die Gemeine zu Biesen, Verklagte wider die Kaphengstschen Eheleute zu Wittstock Kläger, imgleichen die Wittwe Troll eben daselbst.

Wenn die Kläger in dem vorliegenden Rechtsstreite die Punctation vom 25. Febr. 1791. und den darauf gegründeten Contract vom 1. Jul. desselben Jahrs anzufechten suchen, wodurch die Wittwe des verstorbenen Schlächtermeisters Troll, gebohrne Kaphengst, und der Vormund ihrer damals noch minorennen zwei Kin-

der, Karl Friedrich Hartwig und Sophia Dorothea Geschwistere Troll, jetzt verehl. an den Kaufmann Kaphengst, der Schlächtermeister Troll, das ihrem Erblasser zugehörig gewesene Guth Biesen, der dasigen Gemeine für die von derselben richtig bezahlten Summe der 6000 Rthlr. in Friedrichsd'or verkauften: so ist dieses Bemühen eben so vergeblich, als der Antrag der verklagten Gemeine rechtlich:

die Kläger mit dieser Klage cum expensis überall abzuweisen, den gedachten Contract für rechtsbeständig, die dagegen erhobenen Einwendungen aber für unerheblich zu erachten, und es daher bei demselben überall zu belassen.

Bei Beurtheilung dieser Sache muss sich dem Richter nothwendig die Präjudicialfrage aufdringen,

wofür das in Rede stehende Guth zu achten?

ob nehmlich,

a) für freies Eigenthum der Witte Troll?

b) für ein wirkliches Ritterguth?

oder

b) ob davon den Trollschen Kindern ein Mit-Eigenthum zustand, und solches nur für ein zum Amte Wittstock gehöriges Lehnschultzenguth zu achten sey?

Da es einleuchtet, dass, wenn die Verkäuferin Wittwe Troll uneingeschränkte Eigenthümerin

desselben war, die gesetzlichen Vorschriften von Veräusserung der Immobilien, woran Minderjährige Antheil haben, darauf gar keine Anwendung finden, und diese sich wesentlich modificiren, je nachdem es für ein Ritter- oder ein Amts-sässiges Guth angenommen wird.

In dieser Hinsicht bemerkt nun Deducent, daſs das alleinige und uneingeschränkte Eigenthum der Wittwe Troll an dem in Rede stehenden Guthe Biesen durchaus keinem rechtlichen Bedenken unterworfen ist, sie daher berechtigt war, darüber frei zu disponiren, mithin auch, wie geschehen, solches gültiger Weise veräussern konnte, die Zuziehung des Vormundes ihrer minorrennen Kinder hierbei nur ein Superfluum, keineswegês aber nothwendig war,— die gesetzlichen Vorschriften in Betreff der Veräusserung vom Immobiliar der Minderjährigen, hier gar nicht angewendet werden können, und den Klägern schon dieserhalb die Exceptio deficientis legitimationis ad causam dergestalt entgegen steht, daſs hieraus allein die gebetene Abweisung derselben rechtlich folgt.

Der ehemalige unbestrittene Eigenthümer des Guthes Biesen, der verstorbene Schlächtermeister Troll, setzte geständlich durch sein am 7. Jul. 1788. errichtetes und nach seinem am 12. desselben Monats erfolgten Ableben am 1. Nov.

des gedachten Jahres publicirte Testament, gegen dessen Gültigkeit sich nichts erinnern läſst, und welches von sämmtlichen Interessenten agnoscirt ist, titulo institutionis honorabili zu seinen Erben ein,

seine Wittwe Ottilia Maria Elisabeth, gebohrne Kaphengst und seine damals noch lebende zwei minderjährige Kinder, Karl Friedrich Hartwig und Sophia Dorothea Geschwistere Troll, jetzt verehl. an den Kaufmann Kaphengst,

jedoch mit der Maſsgabe,

daſs Erstere in dem eingetretenen Falle des nicht verrückten Wittwenstuhls in ungetheilten Güthern bleiben und den Kindern, die erst nach ihrem Ableben, sich den alsdann vorhandenen Nachlaſs zu theilen hätten, nichts davon zu geben schuldig seyn solle, als was zu ihrem Etablissement oder Aussteuer erforderlich seyn würde.

Wie bei dieser bestimmten, keinem Gesetze entgegen laufenden Disposition den Kindern bei Lebzeiten der Wittwe ein Mit-Eigenthum an den Nachlaſs zugesprochen, der Wittwe aber die uneingeschränkte Disposition darüber abgesprochen, und sie nur pro parte als Condomina, pro altera parte aber als bloſse Usufructuaria angesehen werden könne, ist nicht abzusehen, da vielmehr nach den

dürren

dürren Worten der leztwilligen Disposition, sie, so lange sie im Wittwenstande bleibt, das uneingeschränkte Eigenthum des ganzen Nachlasses hat, da die Kinder nichts als Unterhalt und Ausstattung fordern können, und erst nach ihrem Ableben, in dasjenige succediren, was alsdann noch vorhanden seyn wird. So wie nun hiernach die Wittwe Troll als uneingeschränkte Eigenthümerin des ganzen Nachlasses ihres Ehemannes darüber ganz frei disponiren konnte, ohne nöthig zu haben, irgend Jemand mit zuzuziehen, folglich auch nicht den Vormund ihrer minorennen Kinder: so leidet ihre Befugniſs ganz allein das zum Nachlaſs gehörige Guth Biesen zu verkaufen eben so wenig, als der Umstand ein Bedenken, daſs so nach die Zuziehung des Vormunds nur ex superflua praevidentia erfolgte, in der Hofnung, daſs dieſs nach der bekannten Paroemie nichts schaden würde. Dieſs würde der Fall seyn, wenn auch jenes Guth den ganzen Nachlaſs ausmachte, und ist es daher um so mehr, da nach Ausweis der Curatel-Acten es noch nicht die Hälfte desselben beträgt, über die ihr doch selbst Kläger das freie Eigenthum nicht bestreiten werden, da auch sie ihre vermeintliche Qualität als Usufructuaria und das ihrer irrigen Idee zufolge ein Testament enthaltene Fideicommiſs auf die zweite der Intestat-

Erbfolge den Kindern gebührende Hälfte höchstens nur ausdehnen könne.

Die Wittwe Troll verkaufte so nach der ihr als Testaments-Erbin zustehenden Befugniſs gemäſs, das Gut Biesen der verklagten Gemeine auf eine völlig rechtsgültige Weise. Sie hat gegen diesen Verkauf keine Einwendungen gemacht, und es muſs daher bei demselben sein Bewenden behalten, da er in Rücksicht der Kläger Res inter alios acta ist, mithin ihnen die Befugniſs nicht zusteht, dergleichen anzubringen.

Sollte indessen wider Verhoffen der erleuchtete Richter den so eben ausgeführten Einwand der fehlenden Legitimation zur Abweisung der Kläger nicht für hinreichend, vielmehr dafür halten, daſs den Kindern des verstorbenen Troll an dem Guthe Biesen ein Mit-Eigenthums-Recht zugestanden habe: so wird dennoch auch hierdurch der Klage-Antrag nicht begründet.

Das Guth Biesen ist zwar auf eine unerklärliche Weise in das Land- und Hypothekenbuch der Prignitz eingetragen; dennoch aber nach Ausweis der zu adhibirenden Amts-Acten keinesweges für ein Ritterguth, sondern blos für ein amtssässiges Guth zu erachten, da es gleichfalls im Hypothekenbuche des Amts Wittstock ingrossirt, der Jurisdiction desselben unterworfen, mit den Grundstücken der Gemeine in

einem fast unzertrennlichen Gewebe belegen, und so, wie zuletzt von dem Troll, so auch seit unvordenklichen Zeiten stets von bürgerlichen Personen besessen worden ist. Wenn man also auch in der unrichtigen Voraussetzung des den Trollschen Kindern daran zustehenden Mit-Eigenthums die Grundsätze von Veräufserung der Immobilien auf den jetzt angefochtenen Kanf-Contract anwenden wollte, wobei minderjährige concurriren: so folgt hieraus, dafs auf den vorliegenden Fall selbst, in der auf einem Augenblicke angenommenen obigen Voraussetzung, nicht die gesetzlichen Vorschriften von Veräusserung adelicher Güther,

§. 55. und §. 59. Th. II. Tit. 12. des Allgem. L. R.

sondern nur die von Veräusserung anderen Minorennen zugehörigen Immobilien angewendet werden können. Diesen aber ist bei dem Verkauf von Biesen an die verklagte Gemeine überall genügt, und daher derselbe, auch selbst auf jenem härtesten Fall, vollkommen rechtbeständig. Die dagegen von den Klägern gemachten Einwendungen sind ganz unerheblich.

Darüber, ob der Verkauf desselben überhaupt erfolgen konnte, kann kein Streit obwalten, und daher auch die Frage nicht zur Entscheidung kommen, ob derselbe nach §§. 551.

und 552. l. c. für nothwendig, oder nach §. 563. ibidem, für nützlich zu achten sey; weil die Wittwe als majorenne Mit-Eigenthümerin den Verkauf verlangte, sie hierzu berechtigt war, in communione zu bleiben, nicht gezwungen werden konnte, und daher der Vormund sich erstern gefallen lassen mufste,

§. 566. l. c.

weshalb hier nur zum Ueberflufs bemerkt wird, dafs wegen der, besage der Separations-Acten sonst schlechterdings unmöglichen Auseinandersetzung des Besitzers mit der verklagten Gemeine, der geschene Verkauf nach den obigen Gesetzen sowohl nothwendig als nützlich war, und dafs die Angabe, als sey die Wittwe von dem Commissario Bürgermeister Janenzky zum Verkauf inducirt, ja gezwungen worden, durchaus keine Rücksicht verdient, weil sie Theils mit nichts erwiesen, ja nicht einmal bescheinigt ist, Theils durch die in officio mithin völlig glaubwürdige Anzeige des Commissarii in seinem deshalb wiederholend erstatteten Berichten gänzlich widerlegt wird, Theils ihr die Verjährung obstirt, und endlich von aller Wahrscheinlichkeit entblöfst ist, wie sich aus den zwischen dem Abschlufs der Punctation vom 25. Febr. und dem des Contracts vom 5. Jul. 1792. verstrichenen mehr als vier monatlichen Zeitraum ergiebt,

wo denn doch die Wittwe Troll mehr als hinlängliche Zeit gehabt hätte, den ihr geschehenen Zwang anzuzeigen und zu vereiteln, der ohnehin für die Kläger eine ihnen nicht zustehende Exceptio de jure tertii seyn würde.

Dieſs vorausgesetzt, kommt es nur noch zur gänzlichen Widerlegung des Klage-Antrags auf das bei dem Verkauf beobachtete Verfahren an, welches der §. 550. l. c. bei Güthern der Minorennen vorschreibt. Von denen dort angegebenen drei Erfordernissen ist das erste die wichtige Ursache, durch die obige Bemerkungen völlig erlediget; — das zweite, die Untersuchung und Genehmigung des vormundschaftlichen Gerichts aber hier vorhanden, da der Magistrat zu Wittstock als solches in dem recognoscirten Protocoll vom 24. Aug. 1791. die Nützlichkeit des Verkaufs, umständlich geprüft und die Errichtung des Contracts selbst, nachdem er sich hievon überzeugt, solchen stillschweigend genehmigt hat, welches jeden Augenblick noch durch Nachbringung eines förmlichen decreti de alienando supplirt werden kann, so daſs nur das dritte Requisitum die Tax- und Subhastation fehlen würde. In Rücksicht dieses bedurfte es aber weder der Taxe, noch deren genaueren Prüfung von Seiten des Vormundes um deshalb nicht, weil durch die, besage der Separations-

Acten bei dieser Gelegenheit aufgenommenen Bonitirung und Vermessung des Guthes, dessen damaliger, durch eine jetzt etwan nachzuholende Taxe nie mehr auszumittelnder Werth zuverlässiger ernirt worden war, als es durch irgend eine gewöhnliche Taxe geschehen konnte, und hieraus sich ergeben hatte, daſs der von der Gemeine offerirte Kauf - Preis äusserst vortheilhaft war. Eben so wenig bedurfte es auch der Subhastation, da die Wittwe als majorenne mindestens Miteigenthümerin diesen Verkauf aus freier Hand verlangte, mithin der Vormund dem beitreten muſste.

Allgem. L. R. l. c. §. 578.

Eben diese Bonitirungs-Verhandlungen ergeben, daſs durchaus keine Laesion vorhanden ist, welches hier, da die Grundsätze des Allgem. L. R., daſs ein Verkäufer sich des Einwandes der Verletzung nicht bedienen könne, auf diesen Casum ante legem nicht Anwendung finden, weitläuftiger ausgeführt werden würde, wenn nicht Kläger dieses Arguments, dessen Schwäche zu auffallend war, sich begeben hätten, mit der zum Schein beigefügten Bemerkung, daſs sie sich solchen zur zweiten Instanz vorbehalten wollten, — und wenn es nicht deshalb so wenig hierauf, als auf die Untersuchung der Frage mehr ankäme, ob das Quadriennium restitutionis in in-

tegrum, die bei der sonach nicht vorhandenen Laesion als das wesentliche Requisit ohnehin nicht Statt findet, für die am 7. Sept. 1773. gebohrne Klägerin bei Anstellung der Klage am 8. Aug. 1802. nicht bereits verlaufen war, welches allerdings der Fall ist.

Wenn auch endlich der letzte Einwand der Kläger, den sie von der Unfähigkeit des Besitzes der verklagten Gemeine hergenommen haben, durch die immittelst derselben hiezu ertheilte Concession gehoben wird: so wiederholt Deducent überall zuversichtsvoll:

den Antrag seiner Mandanten mit der Bitte in dem Erkenntnisse zugleich gegen die Litis-Denunciatin Wittwe Troll, die auf ihr Ausbleiben geordneten gesetzlichen Folgen mit festzusetzen.

Berlin d. 24. März 1804.

Türck.

Urtel erster Instanz.

In Sachen der verehlichten Kaphengst, gebohrne Sophia Dorothea Troll, in Beistand ihres Ehemannes des Kaufmanns Kaphengst zu Wittstock Klägern eines Theils, wider die Gemeine zu Biesen, Verkl. und Litis-Denunciaten zweiten Theils, und die verwittwete Ot-

tilia Maria Elisabetha Troll denunciatin dritten Theils,

Erkennet der Instructions - Senat des Kammergerichts für Recht:

daſs der zwischen der Wittwe Troll desgleichen dem Vormunde der Trollschen Minorennen, Johann Albrecht Troll und der Gemeine zu Biesen über das daselbst belegene ehemalige von Cunowsche adeliche Guth geschlossene Kauf - Contract d. d. 16. Jun. 1791. in Ansehung der Klägerin und ihres verstorbenen Bruders für null und nichtig zu erachten und die Klägerin für Mit - Eigenthümerin des gedachten Guths auf die Hälfte, wie hiermit geschiehet, zu erklären und auf Auseinandersetzung mit der verklagten Gemeine, eventualiter auf Tax - und Subhastation zu provociren befugt, der verklagten Gemeine jedoch wegen Restitution des Kaufgeldes, so wie beiden Theilen wegen der Meliorationen, Deteriorationen und gezogenen Nutzungen quaevis Competentia in Separato vorzubehalten; Uebrigens aber und weil Litis - Denunciata Wittwe Troll, in dem zu ihrer Vernehmung am 20. Febr. pr. angestandenen Termin der gehörig bescheinigten Vorladung ungeachtet,

nicht erschienen ist, das gegenwärtige Erkenntnifs gegen dieselbe dergestalt gültig zu erachten, dafs sie bei dem von der verklagten Gemeine sich vorbehaltenen Regrefs mit keinen Gründen, Einwendungen und Allegaten, welche auf die streitig gewesene Hauptsache Bezug haben, weiter gehört werden kann, und die Kosten des Prozesses mit Ausschlufs der durch die Adcitation der Wittwe Troll verursachten, als welche dieser allein zur Last zu legen, gegeneinander aufzuheben.

Die Instructions-Gebühren werden auf 20 Rtlr. Die Stempel auf 1 Rtlr. 22 gr.; die Aufwartungsgebühren auf 1 Rthlr. 6 gr. und die von der Litis-Denunciata zu tragende Kosten auf 4 Rthlr. festgesetzt.

V. R. W.

Gründe.

Was zuvörderst die Ligitimation der Kläger anlangt: so läfst sich gegen dieselbe nichts erinnern. Aus den Acten erhellet zwar nur, dafs der Bruder der Klägerin Karl Friedrich Troll, welcher Mit-Erbe aus dem Testamente seines Vaters ist, ab intestato, nicht aber ob derselbe auch ohne nothwendige Erben verstorben sey; jedoch ist die Affirmativa mit Gewifsheit

anzunehmen. Dem vormundschaftlichen Gericht des gedachten während seiner Minderjährigkeit verstorbenen Karl Friedrich Troll war, wie die adhibirten Acten des Stadtgerichts zu Wittstock ergeben, der Todesfall bekannt, und wenn daher wirklich nothwendige und also nähere Erben als die klagende Ehefrau und deren Mutter vorhanden gewesen wären: so müſsten die in diesem Falle nothwendig gewesene und zu den erwähnten Acten zu bringende Verfügungen von der Existenz jener Erben überzeugen. Uebrigens hat die verklagte Gemeine diesen Punkt auch nicht weiter als zweifelhaft in Anregung gebracht. Sie hat vielmehr im Allgemeinen erklärt, sie räume ein, daſs Troll ab intestato verstorben sey, und dadurch implicite zu erkennen gegeben, daſs sie die Klägerin in dieser Hinsicht für hinlänglich legitimirt erachte.

In Ansehung der Hauptsache kommt es vor der Beurtheilung der übrigen Klagegründe darauf an, die Behauptung der Klägerin, daſs die durch den Mangel des erforderlichen Immediat-Consenses zum Besitz des streitigen Guths gleich bei Abschlieſsung des Kauf-Contrakts entstandene Nullität auch jetzt nicht, da derselbe beschafft worden, als gehoben erachtet werden könne, weil die Beibringung erst nach angestellter Klage erfolgt sey, näher zu prüfen. Die Nich-

tigkeit des Arguments der Klägerin, daſs durch ein factum alienum, wie die Ertheilung des gedachten Consenses, ihr aus der vorhanden gewesenen Nullität einmal erworbenes Recht keine Beeinträchtigung leiden dürfe, fällt in die Augen. Es ist nicht abzusehen und kann durch keine gesetzliche Bestimmung gerechtfertigt werden, weshalb ein Hinderniſs, welches jetzt nicht mehr existirt, blos deshalb als fortdauernd angenommen werden müsse, weil selbiges nicht schon bei Anstellung der Klage gehoben gewesen. Eine solche fortdauernde Kraft des Klagegrunds ist der Insinuation der Klage nirgends beigesetzt und widerspricht der Natur der Sache. Ueberhaupt aber entnehmen Kläger den gedachten Klaggrund aus einem nicht ihnen, sondern dem Staate zustehenden Rechte, und wenn dieser eine Ausnahme von der gegebenen Regel gestatten will: so fällt jede Reclamation des Privatmannes über den Hauffen.

Diesem ungeachtet ist aber das von den Klägern impugnirte Kaufgeschäft keineswegs als rechtsbeständig anzusehen.

Es ist bei Entscheidung der Sache vorläufig die Beantwortung der Frage erheblich; welche Rechte die Wittwe Troll durch das Testament ihres Ehemannes übernommen habe? Ungegründet ist die Meinung der Kläger, daſs nach je-

nem Testamente die Wittwe Troll lediglich als Usufructuaria hereditatis zu betrachten, und von allen Rechten auf die Substanz ausgeschlossen sey. Eben so wenig ist es aber auch die Behauptung der verklagten Gemeine, daſs der Wittwe ein solches Recht auf den Nachlaſs zugestanden habe, daſs sie darüber, oder doch wenigstens über die Hälfte in so weit uneingeschränkt habe disponiren können, als der Nachlaſs durch dergleichen Dispositionen nicht verringert werde. Man kann aus den Worten des Testators durchaus keine andere Bestimmungen als folgende entnehmen:

1) daſs sowohl die Wittwe als die beiden Kinder, Erben des Nachlasses, und zwar zu gleichen Theilen seyn sollen;

2) daſs indessen die Wittwe, so lange sie nicht ad secunda vota schreite, im gemeinschaftlichen Besitz des Nachlasses mit den Kindern verbleiben, den Nieſsbrauch desselben haben und nur schuldig seyn solle, den Kindern so viel herauszugeben, als zu ihrem Unterhalt, ihrem etwanigen Etablissement, oder zur Aussteuer nöthig seyn werde.

Die erste Bestimmung ergieht sich aus den deutlich genug gefaſsten Worten des Testators,

daſs seine liebe Ehefrau und seine beiden Kinder, seine einzigen, alleinige Erben etc.

seyn und bleiben sollen etc. Ferner: daſs er dieselben hiemit sub titulo institutionis honorabili als seine Universal-Erben instituirt haben wolle.

Diese Dispositionen enthalten offenbahr eine directe Erbes-Einsetzung, und daſs selbige in Ansehung der Mutter nur das Recht zum Nieſsbrauch, zur Folge gehabt haben solle, würde sich widersprechen. Uebrigens aber erhellet für sich selbst, daſs da der Testator den Antheil eines jeden Erben nicht bestimmt hat, angenommen werden muſs, daſs alle zu gleichen Theilen erben sollen.

Die Bestimmung ad 2. ergiebt sich unleugbar aus folgender Stelle des Testaments:

Jedoch da er, (der Testator) nicht glaube, daſs seine Ehefrau zu einer anderweitigen Ehe schreiten werde, und nicht zweifle, daſs sein Vermögen von ihr conservirt werden werde: so ordne er hiermit, daſs dieselbe, so lange sie im unverheiratheten Stande lebe, in ungetheilten Güthern bleiben und seinen Kindern nichts weiter, als was zu ihrem Unterhalte, Etablissement etc. und zur etwanigen Aussteuer erforderlich, herauszugeben schuldig seyn solle.

Diese Verordnung des Testators würde sich gar

nicht erklären lassen, wenn man nicht annimmt, daſs der Wittwe der Nieſsbrauch des ganzen Nachlasses zugewendet ist. Denn war die Mutter von dem Nieſsbrauche desjenigen Antheils, welcher den Kindern vermöge ihres Erbrechts gebührte, wirklich ausgeschlossen, so folgt weiter, daſs die Nutzungen dieses Antheils dem eignen Vermögen der Kinder zuwachsen müſsten. Es läſst sich alsdann aber nicht absehen, weshalb die Mutter verpflichtet seyn soll, den Kindern überhaupt das, was zu ihrem Unterhalt nöthig seyn werde, herauszugeben, weil dieses alles alsdann aus dem eigenen Vermögen der Kinder genommen werden muſste. Widersprechend würde aber auch die Disposition in Anhung der Bestimmung gewesen seyn, daſs die Mutter nur so viel und nicht mehr, als was zum Unterhalt etc. nöthig seyn werde, herausgeben solle. Denn so bald nicht ihr, und mithin den Kindern selbst, der Nieſsbrauch ihres Vermögens zustand: so ist für sich klar, daſs die Wittwe sich nichts von den Nutzungen desselben zueignen, und mithin alles herausgeben muſste. Noch einleuchtender wird die angenommene Meinung, wenn man voraussetzt, daſs die Kinder die Groſsjährigkeit erreicht haben. Nun waren sie unbedingt befugt, ihr Vermögen allein zu administriren und mithin die

Nutzung desselben für sich zu verwenden. Wie würde alsdann die nicht blos auf die Zeit der Minderjährigkeit der Kinder eingeschränkte Befugniſs der Mutter, daſs sie den letztern nichts weiter herausgeben solle etc. bestanden haben?

Demnach gebührten der Wittwe der Nieſsbrauch des ganzen Nachlasses, aber auch Rechte auf die Substanz, und zwar letztere Kraft des ihr verliehenen Erbrechts. Diese wurden in der Folge durch den Tod ihres Sohnes Karl Friedrich Troll erweitert, indem sie und die Schwester denselben, als nächste Erben beerbten, dergestallt, daſs der Wittwe nunmehr die Hälfte des väterlichen Nachlasses quoad Substantiam zu Theil wurde; eine Bemerkung die wegen der weiter unten folgenden Ausführung hier einen Platz finden muſste.

Es entsteht nunmehr die Frage: ob die Wittwe, der dieselben Rechte auf die Substanz des Nachlasses ihres Ehemannes nicht abgesprochen werden können, befugt war, mit Zuziehung des Vormundes ihres minorennen Kindes, das zu dem Nachlaſs gehörige, jetzt streitige Guth zu veräussern? Diese Frage kann aber absolut weder bejahet, noch verneinet werden. Obgleich nehmlich die Wittwe der letzwilligen Verordnung des Testrtors ungeachtet nicht verbunden war, in communione mit den Kindern zu bleiben;

Hellfeldt, Jurisprud. forens. §. 716.
L. 14. §. 2. D. de Comm. Div.

so war sie sowohl als der Vormund nichts destoweniger an diejenigen Vorschriften gebunden, welche die Gesetze bei der Veräusserung der unbeweglichen Güther der Minderjährigen erfordern. Diese sind im vorliegenden Falle aus der Vormundschafts-Ordnung von 1718. welche als ein Provinzial-Gesetz Anwendung findet,

Publicat. Pat. zum Allgem. L. R. §. III.
Rescript. vom 9. Mart. 1795.

zu entnehmen. Diese verordnet §. 50. folgende Requisita, welche der Kürze halber hier nur in wenigen Worten ausgedruckt sind.

1) Justa causa, 2) Causae cognitio, 3) Decretum de alienando, 4) Taxatio und Subhastatio.

Zwar ist hier von dem Falle die Rede, wo die veräusserte Sache nicht allein einem Minderjährigen, sondern auch einer majorennen Mit-Erbin gehört, und es scheint daher die §. 52. der Vormundschafts-Ordnung gemachte Ausnahme von obigen Vorschriften des §. 50 einzutreten. In dem §. 52. l. c. heifst es nehmlich: jedoch sollen hievon (von §. 50.) gewisse Fälle ausgenommen seyn und zählt nun auch dahin; „wenn das Guth mit einem, so nicht minderjährig, gemein ist, und dieser in communione nicht län-

länger bleiben will." Allein 1) hat die Wittwe nie zu erkennen gegeben, daſs sie mit ihren Kindern nicht länger in communione bleiben wolle, und die Aufhebung der Gemeinschaft war keineswegs der Zweck der unternommenen Veräusserung. 2) Verordnet auch §. 52. l. c. in fine, daſs auch in jenen Fällen der Ausnahme der Obrigkeit die Ursache jedesmal angezeigt und bescheinigt, auch darauf Verordnung abgewartet werden muſs, welches hier unterblieben ist. 3) Wäre nach dem Circulare vom 23. Febr. 1760.

Myl. C. C. March. de Anno 1760. p. 414.

nöthig gewesen, daſs die Wittwe auf Subhastation angetragen hätte, welches ebenfalls nicht geschehen ist.

Keine von jenen in der Vormundsch. Ordn. §. 50. gesetzte und vorstehend ad 1 — 4 erwähnten Vorschriften, ist aber bei der Veräusserung des streitigen Guts beobachtet worden.

Die Meinung der Verklagten, daſs die Beobachtung jener Vorschriften unnütz gewesen, weil nach dem Testament des Troll die Wittwe in der Art quo ad Substantiam des ganzen Nachlasses oder doch wenigstens der Hälfte desselben habe verfügen können, wenn der Nachlaſs dadurch nur nicht verringert worden, ist schon widerlegt. Um die Unrichtigkeit der von den Ver-

klagten aus jener Behauptung gezogenen Folgerungen auch noch darzuthun, kann der Vollständigkeit wegen hier noch bemerkt werden, daſs selbst, zugegeben, daſs die Behauptung richtig sey, es dennoch keinen Zweifel leidet, daſs die Wittwe in keinem Falle befugt war, gerade das qu. Guth ohne weitere Rücksprache mit dem vormundschaftlichen Gerichte, als den ihr gebührenden Antheil zu betrachten — und darüber ohne alle weitere Regulirung zu disponiren.

Hellfeldt L. C. §. 727.

Auch verdient die von den Verklagten auf jene Behauptung gebauete Argumentation,

> das Kauf-Pretium des Guths qu. welches nur 6000 Rtlr. betrage, komme der Hälfte des nach den adhibirten Acten, die Publ. des Trollschen Testaments betreffend, aus 13000 Rtlr. bestehenden gemeinschaftlichen Vermögens nicht gleich, und das Vermögen sey auch durch den Verkauf nicht verringert worden,

schon deshalb keine Rücksicht, weil das Kauf-Pretium nicht mit Gewiſsheit als der wahre Werth, der gleichwohl in Anschlag gebracht werden muſs, angenommen werden kann, indem keine Taxe vorhanden ist, — weil es ferner aus demselben Grunde an einem Maaſsstabe fehlt, nach welchem beurtheilt werden könnte, ob der

Nachlaſs wirklich durch jene Disposition des Trollschen Vermögens, auf welche Verklagte Bezug nehmen, viel zu allgemein und unbestimmt ist.

Was nun aber die Behauptung der Verklagten anlangt, daſs eventualiter jenen Vorschriften der Vormundschafts-Ordnung §. 50 im vorliegenden Falle durch das beigebrachte Protocoll d. d. Wittstock d. 14. Aug. 1791. und die bei der Separation des Guths mit der Gemeine vorgenommenen Bonitirung und Vermessung, tacite et implicite genügt worden sey: so ergiebt sich das Gegentheil aus folgendem.

Zuvörderst ist zu bemerken, daſs das gedachte Protocoll erst vom 4. Aug. 1791. und also nach völlig abgeschlossenen und confirmirten Contract (S. die Punct. vom 25. Feb. §. 34) aufgenommen worden. Hiernächst geht aus demselben nichts weiter hervor, als daſs der Vormund für seine Person den Kauf genehmigte. Wenn nun auch der Magistrat zu Wittstock als Vormundschafts-Collegium das Protocoll aufgenommen hatte: so folgt doch daraus nicht, wie Verklagte behaupten, daſs dasselbe der Meinung des Vormundes beigetreten sey. Eine richterliche Verfügung kann nie tacite et implicite ertheilt werden; am allerwenigsten wenn von dem Vermögen minderjähriger Personen die Rede ist,

und die Nichtigkeit der Behauptung der Verklagten ist zu einleuchtend, als daſs es noch einer weiteren Widerlegung derselben bedürfte. In Ansehung der bei der Separation des Guths vorgenommenen Vermessung und Bonitirung: so können die darüber aufgenommenen, einen ganz verschiedenartigen Zweck beabsichtigende Verhandlungen wohl um so weniger hier in Subsidium herbeigezogen werden, als sie von dem Zustande des qu. Guths im Jahre 1788 und 1789. sprechen.

Hiervon jedoch abgesehen: so wird wenigstens durch jene in Bezug genommene Verhandlungen gewiſs, daſs das §. 50. ad 4. der Vormundsch. Ordn. erheischte Requisit die Subhastation nicht erfolgt ist, und dieser Mangel allein würde den Kauf-Contract vernichtigen. Das gemeine Recht erfordert zwar die Subhastation nicht wesentlich, am wenigsten wenn minorenne Erben concurriren.

Hellfeldt, L. C. §. 1386.

Von diesem letztern Falle, welcher hier eintritt, spricht zwar die Vormundschafts-Ordnung nicht; jedoch wird diese Lücke durch das oben schon erwehnte Circulare vom 23. Feb. 1760. C. C. M. d. a. 1760. p. 414. sowohl, als durch das Allgem. L. R. Th. II. Tit. 18. p. 569. welches, obgleich hier von einem casu ante legem die Rede ist, nach dem Publ. Patent §. 9. die ältern Ge-

setze declarirt, vollkommen ausgefüllt. In dem gedachten Circulare heifst es;

Anlangend hiernächst die Frage in Casu factae provocationis ad divisionem a coherede majori, die Veräusserung rerum immobilium minorum, auch anders als praevia taxatione et Subhastatione geschehen könne: so ist zwar Unser Wille, dafs auch in casu Provocationis ad Divisionem sowohl Taxatio als Subhastatio so oft ein Unmündiger dabei interessirt ist, geschehen müsse; aber et caet.

und nun folgen vier im vorliegenden Falle nicht eintretende Ausnahmen.

Das Allgem. L. R. stellt l. c. §. 550. die allgemeine Regel auf, dafs Immobilia minorum per modum Subhastationis veräussert werden müssen, und die §§. 569 — 583. sanctionirten Ausnahmen finden hier nicht Statt. Es erklärt der §. 585. alle Veräusserungen Immobilium minorum, wenn sie aufser den gedachten Fällen der ausdrücklichen Ausnahme ohne Subhastation geschehen sind, für nichtig.

Die gesetzlichen Folgen nun der Unterlassung der in der Vormundschafts-Ordnung §. 50. gegebenen Vorschriften sind §. 51. ibidem bestimmt. Es soll nehmlich

der Kauf zu Recht nicht gültig seyn, und

kann der Minderjährige nach erlangter Groſsjährigkeit das verkaufte Guth, wenn selbiges bei dem Verkäufer anzutreffen, gegen Erstattung des empfangenen Kaufgeldes, wenn der Käufer erweiset, daſs solches dem Pupillo zum Besten angewendet worden, wieder an sich nehmen; es hätte denn der Groſsjährige selbigen Kauf bekräftiget oder fünf Jahre hernach still geschwiegen.

Hierdurch wird zugleich die von den Verklagten gemachte Exception widerlegt, daſs die Restitutionsfrist schon verstrichen sey. Denn die Klägerin ist (S. Acta Publ. des Trollschen Testaments) am 7. Sept. 1799. majorenn geworden, und da die Klage am 11. Aug. 1802. eingereicht worden ist: so war bis dahin die fünfjährige Frist noch nicht abgelaufen.

Inzwischen konnte dennoch dem Petito der Kläger gemäſs auf Annullirung des ganzen Kauf-Contracs und Herausgabe des Guths an selbige nicht erkannt worden. Nach dem was oben dargethan ist, steht der Wittwe Troll über die Hälfte des Nachlasses ihres verstorbenen Ehemanns die Disposition quo ad Substantiam vermöge des auf sie devolvirten Erbrechts zu. Hieraus folgt, daſs sie auch in Ansehung des streitigen Guths als Eigenthümerin und zwar eben-

falls zur Hälfte anzusehen ist. Ueber diesen ihren Antheil war die Wittwe aber uneingeschränkt zu verfügen, unbedenklich berechtigt; und wenn sie selbigen veräussern wollte; so hatte sie dabei weiter keine Vorschriften als diejenigen zu beobachten, welche die Gesetze überhaupt bei Abschliessung eines Kauf-Contracts zwischen grossjährigen Personen festsetzen. Diese sind bei dem angefochtenen Contract beobachtet, und es läſst sich daher kein gesetzlicher Grund auffinden, denselben auch in Ansehung der Wittwe für null und nichtig zu erklären, da er vielmehr für diese vom Anfange an, vollkommen verbindlich war, und diese verbindende Kraft um so weniger durch die von Seiten der klagenden Ehefrau gemachten Reclamation aufgelöset werden kann, als Verträge nach allgemeinen und hinlänglich bekannten Principiis so viel möglich aufrecht erhalten werden müssen. Daſs hier von einer res immobilis indivisibilis die Rede ist, ändert nichts, da dieser scheinbare Anstand dadurch gehoben ist, daſs die verklagte Gemeine nur diejenigen Rechte beibehält, welche die Wittwe derselben vermöge des geschlossenen Kauf-Contracts abgetreten hat und gültiger Weise abtreten konnte, und der Klägerin, wie im Erkenntniſs bestimmt worden, unbenommen bleibt, im Fall ihr die Communio lästig scheint,

ad divisionem zu provociren und dabei auf Tax- und Subhastation anzutragen.

Im übrigen aber konnte im gegenwärtigem Erkenntnisse nicht zugleich das rechtliche Verhältnifs der Partheyen in Ansehung der Restitution des Kauf - Pretii, der etwanigen Meliorationen und Deteriorationen des qu. Guths, der Früchte u. s. w. festgesetzt werden, weil alle diese Punkte die Erörterung mehrerer factischen Umstände voraussetzen, von welchen bisher noch nicht die Rede war, und die nach erlangter Rechtskraft dieses Erkenntnisses, welches eigentlich nur eine Praejudicial - Frage zum Gegenstande hat, ad Separatum gehören.

Da sich nun Klägerin die nähere Ausführung der gleichfalls als Klagegrund aufgeführten Laesion für die folgende Instanz, falls es nöthig seyn sollte, vorbehalten, — die angebliche Verleitung der Wittwe zum Kaufgeschäft durch den Janenzki, welche ohnehin offenbar eine Exceptionem de Jure tertii enthält, durch nichts dargethan hat, und es überhaupt hierauf bei den übrigen Entscheidungsgründen nicht ankommen kann: — so bleibt nur noch übrig, das gegen die Wittwe Troll im Erkenntnifs festgesetzte Prajudiz zu rechtfertigen. — Im Allgemeinen ist es nach den darüber vorhandenen Gesetzen keinem Zweifel unterworfen, dafs Verklagte ein

rechtliches Fundament zur Regrefs-Klage, gegen die Wittwe Troll haben.

L. 39. Dig. de Evict.

Hellfeldt L. C. §. 1117. 1118.

In der angebrachten Litis-Denunciation liegt die nach dem jure communi und dem Allgem. L. R. nothwendige Vorsicht.

Hellfeldt L. C. §. 1124.

Webers, Beiträge zur Lehre von den Klagen S. 41.

Allgem. L. R. Th. I. Tit. 2. §. 143.

Die Klage selbst auf Evictions-Leistung ist bis jetzt nicht verjährt, weil dieselbe nach dem gemeinen Recht, welches vermöge des §. XI. des Publ. Patents zum Allgem. L. R. angewendet werden mufs, 30 Jahre dauert;

Hellfeldt, L. C. §. 1127.

und der Antrag endlich in Contumaciam die in der Vorladung enthaltene Warnung gegen die Litis-Denunciata zu realisiren, ist der Allgem. Ger. Ordn. Tit. 17. §. 19. vollkommen gemäfs.

Der Kostenpunkt beruht auf die Vorschriften des §. 3. Tit. 23. Th. 1. der Gerichts-Ordnung und ist daher überall, wie geschehen, zu erkennen gewesen.

Gegen dieses am 4. Jun. 1804. publicirte Erkenntnifs haben beide Theile appellirt, ohne jedoch nova in facto anzubringen. Klägerin renuncirte jedoch nach eingereichtem Berichte, dem ergriffenen Rechtsmittel.

Appellations-Bericht und resp. Deduction für die verehelichte Kaphengst, gebohrne Troll Klägerin und Appellantin, wider die Gemeine zu Biesen, Verklagte und Appellantin.

Allerdurchlaucht etc.

Sententia a qua steht mit sich selbst in einem auffallenden Widerspruch, wenn sie das angefochtene Kaufgeschäft nur in Rücksicht der Klägerin für null und nichtig erachtet, dennoch aber gegen die Wittwe Troll das Fundament des Regresses für begründet annimmt, ungeachtet in Ansehung dieser das streitige Geschäft rechtsbeständig bleiben soll, der Regrefs sich daher nur auf die Aufhebung des Vertrages zu Gunsten der Klägerin beziehen kann.

Es fällt aber in die Augen, dafs Verklagte daraus, dafs sie mit einem Minderjährigen einen Contract abgeschlossen haben, welcher wegen Mangel der gesetzlichen Förmlichkeiten wieder aufgehoben werden mufs, kein Recht gegen den majo-

rennen Mitcontrehenten erwerben können, weil es ihre eigene Schuld ist, wenn sie die gesetzliche Vorsicht verabsäumt haben.

Non enim, sagt Paulus, in L. 16. Dig. ex quib. caus. major negligentibus subvenitur, sed necessitate rerum impeditis.

Noch auffallender aber ist es, wenn der vorige Richter der Klägerin nur die Befugniſs zuerkennt, auf Auseinandersetzung mit der verklagten Gemeine, eventualiter auf Tax- und Subhastation zu provociren, da durch diese Bestimmung die der Klägerin gebührende Restitutio in integrum nicht bewirkt werden kann.

Sententia a qua nimmt nehmlich selbst an, daſs die Wittwe Troll in keinem Falle befugt war, gerade das qu. Guth ohne weitere Rücksprache mit dem vormundsbhaftlichen Gericht, als den ihr gebührenden Antheil zu betrachten, und darüber ohne vorgängige Auseinandersetzung mit ihren Kindern zu disponiren. Die Wittwe Troll hat nie ad divisionem provocirt. Bevor nicht die Theilung erfolgt war, konnte sie aber das in Rede stehende Guth weder ganz, noch zum Theil veräussern, weil dieses Guth eine untheilbare Sache ist; nicht zu gedenken, daſs diese Veräusserung der Vorschrift des Trollschen Testaments, nach welcher die Wittwe in

ungetheilten Güthern bleiben und den Nachlaſs conserviren soll, zuwider läuft.

Wenn nun Klägerin nach dem ersten Erkenntnisse gezwungen ist, auf Auseinandersetzung mit der verklagten Gemeine anzutragen: so läſst sich kein Grund zur Rechtfertigung eines solchen Zwangs auffinden: denn nach der vom vorigen Richter selbst angeführten Stelle

Hellfeldt, Jurisprud. forens. §. 727.

können Minderjährige nicht auf Theilung provociren',

nisi justa adsit causa, et praevia ejus cognitione, Magistratus Decretum interveniat.

Hier war zur Zeit der Veräusserung, auf welche es allein ankommt, keines von diesen Erfordernissen vorhanden. Auch der Fall, daſs die Wittwe die Theilung verlangt hätte, ist nicht eingetreten; mithin mangelt es, wie gesagt, ganz an einem hinreichenden Grunde, das qu. Kaufgeschäft nur zum Theil aufzuheben, da die Verklagte ohne Consens der Klägerin, mit ihr gar nicht in eine Communion treten konnten mithin die Communion, welche Sent. a qua zwischen der Klägerin und den Verklagten voraussetzt, für nicht existirend geachtet werden muſs. Hiernach ist es ganz gleichgültig, ob die Wittwe Troll als wahre Miterbin oder nur als Nieſsbraucherin des Nachlasses angesehen werden müsse.

Wie man aber auch diese Frage entscheiden mag: so war doch die Wittwe vor erfolgter Auseinandersetzung in keinem Falle berechtigt, über einen Theil des Nachlasses einseitig zu verfügen.

Der Deducent kann indessen der Auslegung, welche der vorige Richter dem Trollschen Testamente giebt, durchaus nicht beitreten. Wiewohl es richtig ist, daſs der Erblasser seine Ehefrau und seine Kinder sub Titulo institutionis honorabili als seine Universal-Erben einsetzte: so fügte er doch die Bedingung hinzu, daſs sein Vermögen und Nachlaſs von der Wittwe conservirt werden, und daſs sie, so lange sie im unverheiratheten Stande lebte, in ungetheilten Güthern bleiben sollte. In dieser Rücksicht bestimmt er auch, daſs seinen Kindern nichts weiter, als was zu ihrer Unterhaltung und zu ihrem etwannigen Etablissement oder Aussteuer erforderlich sey, herausgegeben werden solle. Unter diesen Umständen konnte der Wittwe das Recht, Erbtchaftsstücke zu veräussern nur dann zugestanden werden, wenn zuvor die Ausmittelung des Pflichttheils erfolgt und das Vaterguth der Kinder sicher gestellt worden war, weil im entgegengesetzten Falle durch die willkührlichen Verfügungen der Wittwe leicht ein Schade für die Minorennen entstehen konnte. Es ist also klar, daſs das Trollsche Vermögen so lange in

statu quo bleiben mufste, als bis die Minorennen gegen jede mögliche Laesion gesetzlich gesichert waren.

Der vorige Richter hat sich bei diesem Punkte in einen sonderbaren Widerspruch verwickelt. Nachdem er sich auszuführen bemüht hat, dafs die Wittwe berechtigt gewesen sey, vermöge eines ihr verliehenen Erbrechts über die Substanz des Nachlasses zu verfügen, stellt er den Satz auf,

> demnach gebührte der Wittwe der Niefsbrauch des **ganzen** Nachlasses.

Der blofse Begriff des Niefsbrauchs schliefst jede Verfügung über die Substanz der Sache aus. Hierzu kommt, dafs der Wittwe der Niefsbrauch des ganzen Vermögens zusteht und sie nur schuldig seyn soll, so viel als zum Unterhalt der Kinder u. s. w. nöthig seyn werde zu verabreichen, eine offenbare Verletzung im Pflichttheile enthält, weil die Wittwe sich nichts von den Nutzungen des deren Kindern gebührenden Antheils zueignen durfte. — Wenn daher aus eben diesen Nutzungen, die zum Unterhalt der Kinder erforderlichen Kosten hätten genommen werden müssen: so ist es doch zweifelhaft, ob die Nutzungen nicht diese Kosten überstiegen haben würden, und also dem Vermögen der Kinder hätten zuwachsen müssen. Diese Gefahr einer Verle-

tzung der Kinder wird augenscheinlich grösser, wenn man der Wittwe auch das Recht über die Substanz des Nachlasses zu verfügen zugesteht.

Soll also das Testament bei Kräften erhalten werden: so muſs man annehmen, daſs die Wittwe, wenn sie sich nicht mit den Kindern auseinander setzte, sich aller Verfügungen über die Substanz des Nachlasses zu enthalten hatte und dagegen durch den Nieſsbrauch des ganzen Vermögens entschädigt, — zugleich aber auch die Kinder wegen eben der Institutioni sub titulo honorabili widersprechenden Beschränkung der Nutzung ihres Vermögens durch die Unveräusserlichkeit der Substanz abgefunden werden sollten.

Fand sich dagegen die Wittwe selbst durch die Einschränkung ihres Dispositionsrechts verletzt; so stand ihr frei die testamentarische Disposition anzufechten. Dieſs hat sie aber nicht gethan, vielmehr das Testament anerkannt. Bei dieser Lage der Sache ist es einleuchtend, daſs das qu. Kaufgeschäft ganz aufgehoben werden muſs, weil im entgegengesetzten Falle eine Laesion auf Seiten der Klägerin stehen bleibt.

Zwar hat die Wittwe ihren Sohn Karl Friedrich Troll beerbt; allein dieser war, besage der Kaphengstschen Vormundschafts - Acten bei Schlieſsung des Kaufs noch am Leben. Er hatte mit der Klägerin gleiche Rechte, und

das qu. Kaufgeschäft ist daher auch in Rücksicht seiner ungültig.

Was die übrigen Gründe betrifft, aus welchen der mehr erwehnte Kauf-Contract vom Anfange an für ungültig geachtet werden muſs: so beziehe ich mich auf meine Deduction erster Instanz, und trage darauf an:

Sententiam a qua dahin zu ändern, daſs Verklagte schuldig das Ritterguth Biesen, so wie sie solches nach Inhalt des Contracts übernommen, der Klägerin herauszugeben.

Wegen der Kosten submittire ich ad Legalia, und ersterbe in tiefster Ehrfurcht

Ew. Königl. Majestät

Berlin d. 7. Aug. 1804.

allerunterthänigster

Knack.

Appellations-Bericht und resp. Deduction für die Gemeine zu Biesen, Verklagte und Appellantin, wider die verehelichte Kaphengst, gebohrne Troll, Klägerin und Appellatin.

Allerdurchlaucht. etc.

Die Beschwerden der Gemeine zu Biesen gegen das Urtel erster Instanz bestehen darinn,

daſs

dafs der zwischen der Wittwe Troll und dem Vormunde der minorennen Trollschen Kinder über das in Biesen belegene ehemalige von Cunowsche Guth geschlossene Kauf-Contract vom 16. Jun. 1791. in Ansehung der Klägerin und ihres verstorbenen Bruders für null und nichtig und die Klägerin für Mit-Eigenthümerin des gedachten Guths auf die Hälfte geachtet worden ist, auf Auseinandersetzung mit der Gemeine durch Tax- und Subhastation zu provociren auch die Kosten compensirt,

und nicht vielmehr

die Klägerin mit der erhabenen Klage refusis expensis gänzlich abgewiesen worden ist.

Nova in facto haben die Appellanten nicht vorzutragen. Sie begnügen sich daher ihre Beschwerden deducendo zu rechtfertigen, und hoffen, dafs sie auch schon dadurch im Wege der Appellation ein besseres Urtel erstreiten werden.

Ich wiederhole dieserhalb, was ich schon in erster Instanz ausführlich vorgetragen habe, dafs

1) es gar keines vormundschaftlichen Consenses zur Veräusserung des qu. Guths bedurfte, und dafs

2) in casu quod sic, derselbe auch vorhanden sey.

Der vormundschaftliche Consens war nicht nöthig,

1) weil der Mitverkäuferin der Wittwe Troll eine unbeschränkte Disposition über das qu. Guth, mit Ausschluſs ihrer Kinder, gebührte; der Testator sagt nehmlich in seinem Testamente,

dafs zwar seine Ehefrau und seine beiden Kinder seine einzigen und alleinigen Erben seyn sollen, jedoch, daſs seine Ehefrau, so lange sie im unverheirstheten Stande lebe, in ungetheilten Güthern bleiben, und seinen Kindern nichts weiter, als was zu ihrer Unterhaltung, ihrem Etablissement oder Aussteuer erforderlich, herauszugeben, schuldig seyn solle.

Nach ihrem Tode aber würden ihre Erben sich in dem Vermögen und Nachlaſs gesetzmäſsig, zu theilen haben.

Es leidet meines Erachtens nicht das mindeste Bedenken, daſs der Testator die Absicht hatte, seine Wittwe auf den Fall, daſs sie den Wittwestuhl nicht verrücken würde, vor den Kindern zu begünstigen, für welche Behauptung auch schon die Meinung der Rechtslehrer spricht, welche allemal in Praxi annehmen, daſs ein ver-

storbener Ehegatte in favorem conjugis superstitis disponirt habe.

Denn obgleich der Vater die Kinder mit der Mutter zugleich zu seinen Erben einsetzte: so sollte sich doch das Erbrecht der Kinder nur auf dasjenige erstecken, was nach dem Tode der Mutter von seinem Vermögen noch vorhanden seyn würde. Dieſs liegt ganz klar in den Worten;

> nach ihrem (der Mutter) Tode werden ihre Erben sich in dem Vermögen und Nachlaſs gesetzmäſsig zu theilen haben.

Er fügt ausdrücklich hinzu,

> er zweifele nicht, daſs sein Vermögen und Nachlaſs von ihr conservirt werden würde.

Der Wittwe muſste die Art und Weise, wie sie das Vermögen conserviren wollte, überlassen bleiben. Ihr allein stand vermöge des vom Testator in sie gesetzten Vertrauens die Beurtheilung und die Wahl zu, ob sie das Vermögen durch den fortgesetzten Besitz des erbschaftlichen Guthes, oder durch dessen Verkauf am besten zu conserviren glaubte. Der Vormund der Kinder hatte dagegen nichts zu sagen, oder sich ihren Dispositionen zu widersetzen.

Eine solche letztwillige Disposition ist in keinem Gesetze verboten. Die Kinder bleiben

Erben; nur daſs sie nicht sogleich zur Perception ihres Erbtheils gelangen. Sie können eine dergleichen väterliche Disposition nicht anfechten, sondern nur, wenn sie damit unzufrieden sind, auf Ausmittelung und Feststellung des ihnen gebührenden Pflichttheils antragen. Von dieser Befugniſs hat der Vormund der Minorennen keinen Gebrauch gemacht, sondern die Erbschaft ex testamento angenommen, mithin muſs es auch bei den Bestimmungen des Testaments verbleiben; und da der Wittwe nach dem Testamente, so lange sie nicht zur zweiten Ehe schritt, die uneingeschränkte alleinige Disposition über den ganzen Nachlaſs des Namens gebührte: so konnte sie auch das ganze Guth Biesen allein verkaufen, ohne daſs es der Zuziehung des Vormundes der Kinder bedurfte, daher denn der Beitritt des letztern ein wahres Superfluum ist. Dieser Ausführung steht die testamentarische Verordnung, daſs die Mutter mit den Kindern in ungetheilten Güthern bleiben solle, keinesweges entgegen, indem der Ausdruck ungetheilte Güther den ungetheilten Besitz des gesammten Nachlasses in sich begreift, und nicht blos auf das Guth Biesen Bezug hat, dessen Theilung oder Veräusserung der Wittwe nicht verbothen worden ist. Den Kindern würde auch noch gar kein Unrecht geschehen, wenn ihre Mutter nicht

allein, die ihr nach Märkischen Rechten gebührende statutarische Portion, welche die Hälfte des ganzen Vermögens beträgt, zu ihrer Subsistenz verbraucht, sondern auch im Nothfall die andere Hälfte des gemeinschaftlichen Vermögens mit angegriffen hätte, wenn ihnen nur der Pflichttheil dadurch nicht geschmälert wäre. Denn nur auf Sicherstellung des Pflichttheils würden der Vormund und das obervormundschaftliche Gericht zu wachen gehabt haben. Daſs nun die Minorennen durch den Verkauf des Guths in der Legitima verkürzt wären, hat die Klägerin selbst sich nicht zu behaupten erdreistet, folglich hört von ihrer Seite aller Grund auf, den Kauf anzufechten.

Ich will indessen einmal von diesen oben aufgestellten Grundsätzen abstrahiren und annehmen, daſs wirklich die Genehmigung des Vormundes der Kinder und des Vormundschafts-Collegiums in den Verkauf nothwendig gewesen wäre; so behaupte ich

2) daſs selbst in diesem Falle auch den gesetzlichen Erfordernissen genügt worden sey. Es kann hier nur darauf ankommen: ob der Consens des fori rei sitae vorhanden sey, indem die Einwilligung des Kurmärkischen Pupillen-Collegiums in den Verkauf auf keinen Fall erforderlich war. Das Guth Biesen

ist nach dem Bericht des Amtes Goldbeck vom 4. Sept. 1791. an die Kurmärkische Kammer, nichts weiter, als ein amtssässiges Lehnschulzenguth, deren es in allen Amts-Dörfern giebt. Es ist im Hypothekenbuche des Amts Wittstock intabulirt, hat alle Pflichten des Schulzen-Amts auf sich, muſs alle vom Amte oder Kreise ergehende Befehle der Gemeine bekannt machen, und auf deren Befolgung halten. Dem Guthe selbst steht nicht einmal die Gerichtsbarkeit über seine Leute zu, und der Besitzer ist der Jurisdiction des Justitz-Amts unterworfen.

Alle diese Verpflichtungen und Lasten, welche nach dem Berichte des Amts Goldbeck dem Guthe Biesen ankleben, sind mit der Qualität eines ritterfreien Guthes nicht vereinbar. Und eben so ist es ein wesentliches Erforderniſs eines Ritterguths, daſs dasselbe seine eigene Jurisdiction hat, und dessen Besitzer eo ipso durch den Besitz eines solchen Guths der Gerichtsbarkeit des Obergerichts der Provinz unterworfen ist, welche Eigenschaft dem Guthe Biesen wieder mangelt. Es wird daher dieses Guth ganz mit Unrecht ein Ritterguth genannt, und wenn dasselbe gleich aus unbegreiflichen Gründen, im Hypothekenbuche der Prignitzischen Ritterschaft

eingetragen steht: so kann dadurch doch die Qualität desselben, als eines Ritterguths nicht bewiesen werden; denn diefs Guth ist zugleich in das Hypothekenbuch des Justiz-Amts eingetragen, und zwar mit Grunde Rechtens, weil es alle Lasten eines amtsässigen Guthes trägt, mit den Eigenschaften eines Ritterguths nicht begabt ist, der Besitzer desselben auch ein Bürger und Schlächtermeister einer kleinen Provinzial-Stadt war, der ohnehin adeliche Güter zu acquiriren nicht fähig war.

Wenn nun hierdurch bewiesen ist, dafs das verkaufte Guth Biesen kein ritterfreies, sondern nur ein amtssässiges Lehnschulzenguth ist: so folgt auch daraus, dafs dem Magistrat zu Wittstock die Obervormundschaft über die Trollschen minorennen Erben gebührte, und das Kurmärkische Pupillen-Collegium sich mit der Curatel nicht befassen durfte; und aus diesem ergiebt sich denn wider die nothwendige Folge, dafs, wenn überhaupt zu dem benannten Gutsverkauf der obervormundschaftliche Consens nöthig gewesen seyn möchte, der Consens des Magistrats zu Wittstock dazu hinreichend gewesen sey. Dieser ist nun legali modo ertheilt. Der Vormund hat den Kauf genehmigt, und am 24. Aug. 1791. die Gründe ausführlich ad Protocollum gegeben, warum er den Verkauf für

die Minorennen für vortheilhaft hielt. Der Magistrat zu Wittstock selbst hat diefs Protocoll aufgenommen; dieser war Obervormund, und hat dadurch tacite den Consens gegeben, welchen man erforderlichen Falls auch noch nachzubringen erböthig ist. Der Janenzki selbst war Commissarius in der Separationssache zwischen den Trollschen Erben und der Gemeine; er kannte am besten die Verwirrungen, welche die Communion in Absicht dieses Guths nach sich zog; er übersah die unendlichen Schwierigkeiten, welche eine Separation verursachte, die so grofs waren, dafs die Trennung der Gemeinschaft durch beinahe zehnjährige Bemühungen unmöglich blieb, und überzeugte sich durch eine förmliche Bonitirung, welche Behufs der Separation veranlafst ward, besser von dem Werthe des Guths, als durch eine blofse Taxe zum Behuf der Subhastation. Wozu bedurfte es bei diesen Umständen noch des Decrets de alienando? Würde letzteres nicht in eine blofse nichts bedeutende Formalität ausarten, wenn man buchstäblich auf dessen Beibringung in jedem Fall bestehen wollte?

Der Zweck dieses Gesetzes kann nur der seyn, dafs die Immobilien der Minderjährigen nicht ohne vorhergegangene Prüfung der Nützlichkeit veräussert werden sollen, und dadurch den Minorennen, wenn diese Prüfung unter-

bleibt, ein Schade zugefügt werde. Jedes Gesetz muſs nicht buchstäblich, sondern mit vernünftiger Rücksicht auf die Absicht des Gesetzgebers bei dessen Abfassung, und die rationen legis erklärt werden, und wenn man diese Regel auf den vorliegenden Fall anwendet: so wird man mir sehr leicht darin beipflichten, daſs das Decretum de alienando in casu in eine bloſse Formalitat ausarten würde. Der Verkauf des Guthes war nicht allein nützlich; — er war sogar notkwendig, um den ewigen Streitigkeiten, welche zwischen den Trollschen Erben und der Gemeine zu Biesen deshalb obwalteten und die durch eine Separation nicht gehoben werden konnten, ein Ende zu machen. Der Werth des Guths constirte durch die vorgenommene Bonitirung. Der Preiſs, welchen die Gemeine dafür both, überstieg den wahren Werth des Guthes. Der Vormund gab seine Zustimmung zu den Kauf, und die Wittwe selbst als majorenne Mit-Erbin, hielt den Handel für vortheilhaft. Was bedurfte es da noch des Decreti de alienando? Wozu sollte die Subhastation nützen?

Nach Inhalt des dem Bericht des Amts Goldbeck an die Kurmärkische Kammer vom 4. September 1791. beigefügten Nutzungs-Anschlages ist der Ertrag des verkauften Guthes nur auf 231 Rthlr. 5 gr. angegeben. Wird diese Reve-

nüe mit 5 Pro Cent zu Capital gerechnet: so entsteht ein Capitals-Werth von 4620 Rthlr. Die Gemeine zu Biesen bezahlte nun für das Guth 6000 Rthlr, in Friedrichsdo'r, welches, das Gold nur mit 10 Pro Cent Agio zu Curant gerechnet, ein Kaufgeld von 6000 Rthlr. beträgt. Das Kauf-Pretium überstieg also den wahren Werth des Guths um ein Drittheil.

In einem solchen Falle ist die Veräusserung der unbeweglichen Güther der Pflegebefohlnen nach dem Allgem. L. R. Th. II. Tit. 18. §. 563. nicht nur für nützlich zu achten, sondern sie muſs nach §. 578. aus freier Hand erfolgen, so bald majorenne Mit-Erben den Kauf genehmigen.

In der Sache selbst hat sich also die Klägerin gar nicht zu beschweren, daſs ihr durch den Verkauf des Gutes zu nahe geschehen sey. Die Appellanten haben dasselbe weit über seinen wahren Werth bezahlt, und nur ein so enormes Kaufgeld erlegt, um den ewigen Streitigkeiten, welche die Communion, in der sie mit den Tröllschen Erben lebten, nach sich zog, ein Ende zu machen. Jetzt nach dreizehn Jahren, seit dem die Gemeine im Besitz des erkauften Guthes ist, mag dasselbe freilich einen höhern Werth haben, da die Gemeine solches so ansehnlich

verbessert hat, und die Pretia rerum in dem letzten Jahrzehend das Alterum tantum überstiegen haben. Und ich glaube zwar, daſs die Klägerin von diesem erhöheten Guthswerth Vortheil ziehen möchte; allein dieſs wird ihr hoffentlich nicht gelingen. Ein hoher Appellationsrichter wird die Absicht der Gegnerin durchschauen, und nicht gestatten, daſs sie sich um deswillen mit dem Schaden meiner Mandanten bereichern könne, weil etwa bei dem Verkauf des Guths nicht alle Förmlichkeiten nach den Buchstaben des Gesetzes beobachtet worden sind: denn unzählige Verwirrungen, Prozesse, und das Unglück ganzer Familien würde unfehlbar erfolgen, wenn es bei dem Erkenntnisse erster Instanz verbleiben sollte.

Die Gemeine hat die erkauften Grundstücke schon seit dreizehn Jahren im Besitze und Genuſs. Wie sollte wohl die Auseinandersetzung zwischen ihr und der Klägerin erfolgen? welche Principien können dabei zum Grund gelegt? wie der Status primarius des Guths zur Zeit des Verkaufs ausgemittelt werden? Kurz, durch die Annullation des Kauf-Contracts würden unabsehbaren Weiterungen und Prozessen Thür und Thor geöfnet.

Dieſs wird, dieſs kann kein Richter zulas-

sen. Ich weiſs es nicht, ob der oben angeführte Bericht des Amts Goldbeck an die Kurmärkische Kammer vom 4. Sept. 1791. nebst dem beigefügten Anschlage des Guths Biesen schon bei den Acten ist, oder nicht. Dieser Bericht gehört indessen zur Rechtfertigung der Beschwerden meiner Mandanten wesentlich, weil durch denselben nicht allein die Qualität des Guths Biesen als eines amtssässigen Gutes bewiesen, sondern auch dargethan wird, daſs dasselbe nur einen Ertrag von 231 Rthlr. 3 gr. gewährt hat. Im Fall daher dieser Bericht noch nicht bei den Acten befindlich seyn möchte: so muſs ich noch darauf antragen,

> daſs die Kurmärkische Kammer um dessen Mittheilung requirirt und selbiger der Klägerin zu ihrer Erklärung in einem anzuberaumenden Termin vorgelegt, sodann aber reformatorie nach meinem Antrage, Eingangs dieses Berichts, erkannt werde.

Schlieſslich bitte ich Ew. Königl. Majestät unterthänigst

> die per Decretum vom 9. et praes. d. 15. hujus wegen verspäteter Einreichung dieses Berichts gegen mich festgesetzte Strafe von 2 Rthlr. gnädigst niederzuschlagen, weil ich durch verschiedene andere unaufschieb-

bare Extra - Judicial - Geschäfte an der frühern Einreichung verhindert worden bin. Ehrfurchtsvoll ersterbe ich

Ew. Königl. Majestät

Berlin d. 26. Aug. 1804.

allerunterthänigster

Türcke.

Schlufs - Bericht
in zweiter Instanz für die verehel. Kaphengst, gebohrne Troll, Klägerin jetzt Appellatin wider die Gemeine zu Biesen, Verkl. und Appellanten.

Die verklagte Gemeine hat wohl in keinem Falle Ursach sich über das vorige Erkenntnifs zu beschweren, vielmehr würde Klägerin, wenn sie die aus bloſser Liebe zum Frieden aufgegebene Appellation festgesetzt hätte, gewifs ein weit günstigeres Urtel bewirkt haben. Schon in dieser Hinsicht ist es offenbahr, dafs die verklagte Gemeine ohne Grund ein Rechtsmittel eingewandt habe.

Der gegenseitige Deducent gesteht aber auch zu, dafs er nur seinen ausführlichen Vortrag in erster Instanz wiederhole. Diefs ist zwar von

ihm weitläuftig genug geschehen; allein eben deshalb muſs die Widerlegung desto kürzer ausfallen.

So ungereimt die Behauptung ist, daſs der verstorbene Vater der Klägerin seine Kinder nur zu Erben dessen, was nach dem Tode der Wittwe übrig bleiben würde, habe einsetzen wollen, weil alsdann die Kinder gar nicht Erben ihres Vaters, sondern bloſs der Mutter geworden wären: so unnütz ist auch jeder Streit über die vermuthliche Absicht des Testators. Es kann zugegeben werden, daſs der Erblasser seine Gattin habe begünstigen wollen; er that dieſs auch wirklich dadurch, daſs er ihr den Nieſsbrauch des ganzen Nachlasses zusicherte, und die Kinder in der ihnen ex institutione sub titulo honorabili gebührenden Benutzung ihres Erbtheils beschränkte. Allein eben daraus folgt, daſs die Wittwe sich alle Verfügungen über die Substanz des Nachlasses enthalten muſste, indem die Kinder nur durch die Unverletzlichkeit der Substanz gegen eine zu besorgende Verletzung im Pflichttheile gesichert und das Testament anf eine andere Weise gar nicht bei Kräften erhalten werden konnte. Dieſs habe ich besonders in meinem Appellationsberichte gezeigt, worauf ich mich hierdurch beziehe.

Eben so gleichgültig ist es, ob das Guth

Biesen ein amtssässiges Lehnschulzenguth oder ein Ritterguth sey, weil auf keinem Fall die zur Gültigkeit des Verkaufs wesentlichen Förmlichkeiten beobachtet worden sind. Es ist aber auch ganz vergeblich, wenn Appellanten jetzt die adeliche Qualität des Guths Biesen bestreiten, nachdem sie dasselbe in dem Kauf-Contract vom 26. Jun. 1791. selbst für ein Ritterguth angenommen, und sich um den allerhöchsten Consens zum Besitz des Ritterguths beworben haben. In der Angst fechtet der Gegentheil sogar den Glauben des Hypothekenbuchs der Priegnitzischen Ritterschaft an, und bedenkt nicht, daſs dem Hypothekenbuche des Amts Wittstock, auf das er sich beruft, kein stärkerer Glaube beigelegt werden kann, wie denn auch aus der doppelten Intabulation nur folgt, daſs mit dem Ritterguthe Biesen ein amtssässiges Schulzenlehn vereinigt sey.

Der unglücklichste Einfall aber, den der Gegner haben konnte, war wohl die Anmaſsung ein Gesetz, dessen Fassung von keinem vernünftigen Rechtsgelehrten für zweifelhaft gehalten werden wird, erklären, oder richtiger gesprochen, geradezu abschaffen zu wollen. Eine bewährte Rechtsregel sagt:

Lex ut dura, tamen est sequenda, modo sit clara,

wie vielmehr das heimsame Gesetz, welches die Rechte der Minderjahrigen beschützt. Förmlichkeiten auf deren Unterlassung der Gesetzgeber die Nichtigkeit des Geschäfts gesetzt hat, können niemals, wie der Deducent in Appellatorio sich auszudrücken beliebt, für nichts bedeutend geachtet werden. Die hier zur Anwendung kommenden Gesetze habe ich in meiner Deduction erster Instanz angeführt und ich begnüge mich darauf mit der Bemerkung Bezug zu nehmen, dafs in den Preufsischen Gerichtshöfen sogar das blofse Pactum de permutando immobili cum minore quocunque, absque Decreto initum, für ungültig geachtet worden ist.

Hymmens Beiträge, Samml. III. S. 67.

Welche Principien übrigens bei der künftigen Auseinandersetzung der Klägerin mit der verklagten Gemeine zum Grunde gelegt werden sollen, — sollte ein Rechtsgelehrter eigentlich nicht fragen. Auch ist es ein übeles Zeichen, wenn eine Parthey das Mitleiden des Richters anfleht, und ein sehr seltsamer Wahn, der Richter werde die Klägerin unterdrücken, weil es dem Gegner unbequem ist, die widerrechtlich gezogenen Nutzungen herauszugeben.

Ich trage auf Bestätigung des vorigen Erkenntnisses mit Verurtheilung der Appellanten

in

in die Kosten an, und ersterbe in tiefster Ehrfurcht

Ew. Königl. Majestät

Berlin d. 21. Sept. 1803.

allerunterthänigster

Knack.

Gegen-Deduction in Sachen der unverehelichten Kaphengst, Klägerin und Appellantin wider die Gemeine zu Biesen, Verklagte und Appellatin.

Die Appellantin thut dem ersten Richter wahrlich sehr unrecht, wenn sie ihm imputieren will, daſs er sich bei seiner Entscheidung zu ihrem Nachtheil in einen Widerspruch verwickelt habe. Sie findet nehmlich darinn einen Widerspruch, daſs der Kauf in Rücksicht ihrer null und nichtig, dagegen in Rücksicht ihrer Mutter rechtsbeständig seyn soll.

Hierinn liegt aber nicht der mindeste Widerspruch. Ich habe quo ad Appellationem der Gemeine zu Biesen in meinem Appellationsberichte schon mit unwiderlegbaren Gründen ausgeführt, daſs die Wittwe Troll vermöge des

Testaments ihres Mannes befugt war, das streitige Guth für sich allein, und ohne Concurrenz ihrer Kinder und deren Vormundes ganz zu verkaufen, und daſs die erfolgte Zuziehung des letztern beim Abschluſs des Kaufs als ein offenbares Superfluum betrachtet werden müsse. Ich darf hoffen, daſs Judex ad quem den angeführten Gründen Beifall geben, und Sententiam a qua auf völlige Abweisung der Klägerin mit der erhobenen Klage reformiren werde. Geschieht dieses: so fällt die Appellation der Gegnerin von selbst über den Haufen, und eine Widerlegung der Gründe ihres Appellationsberichts wäre in diesem Falle ganz überflüssig.

Wenn ich aber auch den ganz undenkbaren Fall annehmen wollte, daſs in Rücksicht der von der Gemeine zu Biesen erhobenen Appellation dieſs erste Erkenntniſs bestätigt würde: so könnte auch denn die Entscheidung des ersten Richters ganz füglich und nach allen rechtlichen Grundsätzen bestehen. Die allernachtheiligste Auslegung, welche man nur durch die spitzfindigste Sophisterei aus dem Trollschen Testamente herauszubringen im Stande ist, wäre doch nur die, daſs der Wittwe und den Kindern durch jene Disposition völlig gleiche Rechte auf die Substanz des Guths Biesen beigelegt worden wären, obgleich ich schon bei Beantwortung der

Klage und in meiner Deduction erster und zweiter Instanz, auf welche ich hiermit Bezug nehme, ausführlich bewiesen habe, daſs diese Auslegung dem Willen und der Absicht des Erblassers gewiſs ganz fremd gewesen sey. Wäre aber selbst jene sophistische Interpretation dem Sinne des Trollschen Testaments gemäſs, wie ich hier voraussetzen will: so würde sich selbst denn auch noch die Appellantin mit groſsem Unrecht über die Entscheidung des ersten Richters beklagen. Mutter und Tochter wären als Eigenthümerinnen des Guths Biesen zu betrachten, und wenn die Mutter ihren Antheil an dem gemeinschaftlichen Eigenthum der verklagten Gemeine cedierte: so trat letztere an ihrer Stelle mit der Klägerin in die Communion. Der Richter blieb hierin ganz consequent. Er hat auch der Klägerin nicht bloſs die Befugniſs zuerkannt, auf Auseinandersetzung mit der Gemeine anzutragen, wie Appellantin vorträgt, sondern er hat ihr das Miteigenthumsrecht auf die Hälfte des Guths zugesprochen, und ihr es anheim gestellt, ob sie die Communion mit meinen Mandanten fortsetzen, oder auf Separation antragen wolle. Der gegenseitige Deducent behauptet zwar, daſs die verklagte Gemeine, ohne Consens der Klägerin, mit ihr in Absicht des Guths Biesen gar nicht habe in Communion treten können. Die

Gründe, welche er für seine Meinung anführt, sind aber gar keiner Widerlegung werth.

Es ist nicht abzusehen, wenn man Mutter und Tochter auch wirklich als Condomini des Guths annehmen will, warum Erstere nicht ihr Miteigenthumsrecht an einen andern sollte abtreten können, da ihr diefs im Testamente ihres Ehemannes gar nicht verbothen ist und im Allgemeinen nach dem

Allgem. L. R. Th. I. Tit. XVII. §. 63. und 64.

ein jeder Condominus sein Anrecht an der gemeinschaftlichen Sache einem Dritten abtreten kann. Wollte man indessen auch mit der Klägerin gar so weit gehen und behaupten, dafs der Wittwe nur der Niefsbrauch des Vermögens ihres verstorbenen Ehemannes und also auch des Guthes Biesen nach dem Testamente ihres Mannes gebührte, und sie daher schuldig sey, bei ihrem Ableben das Guth ihrer Tochter ungetheilt zu hinterlassen: so würde auch dadurch die Klägerin nichts gewinnen, und die im ersten Urtel für sie günstig ausgefallene Entscheidung liefse sich auch denn noch nicht einmal rechtfertigen. Die Klage wäre immer noch zu früh angestellt. War die Wittwe auch wirklich nur Usufructuaria des Guths: so stand ihr doch auch nichts im Wege, ihren Niefsbrauch ad dies vitae der Ge-

meine zu Biesen abzutreten, und die verehelichte Kaphengst hätte erst nach dem Tode ihrer Mutter das Recht die Rückgabe des Guths von meinen Mandanten zu verlangen, mithin enthält die jetzige Klage ein plus petitionem temporis und verdient schon aus diesem Grunde völlige Abweisung.

Das hohe Tribunal hat in einem ganz ähnlichen Falle nach eben diesen Grundsätzen erkannt, nehmlich in Sachen des Tobackspinners Busse wider den Banquier Baer Fliefs. Der Banquier Fliefs kaufte von seinem Bruder, dem Doctor Fliefs, die Hälfte einer ihnen beiden gemeinschaftlich zugehörigen Wiese. Es fand sich jedoch nachher, dafs die verkaufte Wiese kein freies Eigenthum des Verkäufers, sondern ein Pertinenz-Stück des Moses Isaacschen Fideicommisses war, und die Busseschen Erben, welchen Joseph Fliefs späterhin die Nutzungen der verkauften Wiese cedirt hatte, fochten den frühern Vertrag ihres Cedenten mit seinem Bruder als ungültig an. Die beiden ersten Erkenntnisse entschieden auch beifällig für die Busseschen Erben; allein das Tribunal reformirte die beiden ersten Sentenzen und erkannte dem Baer Fliefs das Recht zu, Statt des ihm von seinem Bruder Joseph verkauften völligen Eigenthums der Wiese, das nutzbare Eigenthum ad dies vitae seines

Verkäufers als erkauft anzunehmen. In einem ganz gleichen Falle würde sich die beklagte Gemeine befinden, wenn man die Wittwe Troll mit der Klägerin blos als Nieſsbraucherin des Gutes Biesen betrachten wollte. Der Kaufhandel wäre denn doch immer quoad usum fructum auf die Lebenszeit der Wittwe für meinen Mandanten gültig und rechtbeständig.

Alles was die Gegnerin sonst noch in ihrem Appellationsberichte gesagt hat, ist in meiner Appellations-Deduction schon hinlänglich widerlegt. Ich submittire daher auf jene Schrift, und trage Nahmens der Gemeine zu Biesen dahin an,

Quo ad Appellationem der verehelichten Kaphengst, das Urtel erster Instanz auf Kosten der Appellantin zu bestätigen.

Ehrfurchtsvoll ersterbe ich

Ew. Königl. Majestät

Berlin d. 11. Sept. 1804.

allerunterthänigster

Türcke.

Erkenntniſs des Ober-Appellations-Senats des Kammergerichts.

In Appellationssachen der Gemeine zu Bie-

sen Beklagte, jetzt Appellantin wider die Sophia Dorothea Kaphengst, gebohrne Troll in assist. ihres Ehemannes Klägerin jezt Appellatin;

Erkennt der Ober-Appellationssenat des Kammergerichts den verhandelten Acten gemäfs für Recht,

dafs der Kauf-Contract vom 16. Jun. 1791. über das Ritterguth zu Biesen für null und nichtig nicht zu achten, auch Klägerin für Mit-Eigenthümerin des gedachten Guths zur Hälfte oder für berechtigt nicht zu halten, auf die Auseinandersetzung mit der verklagten Gemeine in angetragener Art zu provociren, vielmehr Klägerin mit der angebrachten Klage gänzlich abzuweisen, hiernach das Erkenntnifs vom 4. Jun. 1804. abzuändern, im übrigen aber dasselbe zu bestätigen, und die Kosten beider Instanzen zu compensiren.

V. R. W.

Gründe.

Obgleich eigentlich nicht abzusehen ist, was die Klägerin durch den gegenwärtigen Prozefs erstreiten will, da ihre Mutter den Beklagten die Eviction leisten mufs und Klägerin die einzige Erbin ihrer Mutter ist, mithin an dieser Erbschaft verliert, was sie durch den Prozefs gewinnt, — und obgleich die Menge von Schwie-

rigkeiten, Prozessen und unglücklichen Folgen, welche die Bestätigung des ersten Urtels nach sich ziehen würde, kaum abzusehen ist: so darf doch diese Berücksichtigung das Erkenntniſs des Richters nicht bestimmen. Der Grund des abzuändernden Urtels liegt aber in der Sache selbst.

Freilich ist der Einwand der Beklagten, daſs das Restitutions-Gesuch der Klägerin bereits verjährt sey, unrichtig, nach

§. 51. der Vormundschafts-Ordnung von 1718.

da seit dem 7. Sept. 1797. als dem Termino Majorennitatis bis zum 8. Aug. 1802. wo die Klage angebracht worden, noch nicht fünf Jahre verstrichen waren. Es ist zwar die Klage dem Beklagten erst am 22. Jan. 1803. insinuirt worden; allein auch schon die Anstellung der Klage reicht zur Unterbrechung der Verjährung hin.

Allgem. L. R. Th. I. Tit. 9. §. 551.

Irrig ist aber auch die Behauptung der Klägerin, daſs der in Rede stehende Kauf-Contract schon um deswillen nichtig sey, weil beide Theile in Ansehung ausdrücklich vorausgesetzter Eigenschaften gefehlt hätten.

Hellfeldt, in Jurisprud. forens. §. 399. sagt

Error, qui evitari potuit ac debuit, est vo-

luntarius et sic erranti merito nocet. Quem si non fugit, cum tamen fugere debuit, culpam committit et damnum inde ortun sentire debet.

Da nun kein Zweifel entstehen kann, dafs die Verkäufer ihr Recht und die Beschaffenheit ihres Grundstückes wissen konnten und mufsten: so kann von ihrer Seite der Contract Irrthums halber nicht angefochten werden. Ueberhaupt ist der Einwand der fehlenden Qualification der Beklagten zum Besitz des Guthes, de Jure Fisci, ergo tertii und jetzt durch die den Beklagten ertheilte Concession gänzlich elidirt.

Endlich aber ist es unrichtig, wenn Beklagte vorschützen, dafs diejenigen Förmlichkeiten, ohne deren Befolgung Grundstücke der Unmündigen nicht verkauft werden können, ihrem Wesen nach erfüllt worden wären, und dieserhalb das Geschäfte bestehen müsse. Förmlichkeiten, welche die Gesetze sub poena nullitatis vorschreiben, können nie gültig unterbleiben, wenn gleich die Absicht des Gesetzgebers sie in einem concreten Falle überflüfsig machte, und diese Absicht ohne dieselben erfüllt würde.

S. Weber, von der natürlichen Verbindlichkeit §. 64.

Die Vormundschafts-Ordnung von 1718. §. 50. verlangt aber zur gültigen Veräusserung der Im-

mobilien der Pflegbefohlnen, 1) justam causam, 2) cognitionem judicis, 3) decretum de alienando, 4) Tax- et Subhastationem, als Regel. Wollte man auch annehmen, daſs die beiden ersten Erfordernisse vorhanden seyn, indem der Obervormund, welcher zugleich Commissarius im Separationsprozesse zu Biesen war, bei dieser Gelegenheit sich von der Zweckmäſsigkeit der Alienation und dem Vortheile daraus für die Curanden überzeugt haben konnte, wie denn auch der Vormund derselben aus diesem Grunde das Geschäft im Protocoll vom 24. Aug. 1791. nochmals genehmigte, welcher ratihabitioni subsequenti gleiche Wirkung mit einer interpositione auctoritatis praecedente beizulegen ist, — wollte man selbst zugeben, daſs die absolute Nothwendigkeit der Tax- und Subhastation in casu concreto noch nicht über allen Zweifel gesetzt wäre: so würde doch immer das Decretum de alienando fehlen, welches die bloſse Kenntniſs der vormundschaftlichen Behörde von dem vorzunehmenden Geschäfte nicht ersetzen kann. Nimmt man daher an, daſs die Concurrenz des Vormundes der beiden minorennen Troll bei dem Verkauf des Guths Biesen zur Gültigkeit dieses Geschäfts nothwendig gewesen sey: so könnte dieser Verkauf von der Klägerin jetzt immer noch wegen Mangels der Form annullirt werden. Nur

hat Sententia a qua darinn geirrt, daſs sie der Klägerin die Hälfte dieses Guths zuerkannt hat, aus dem Grunde, weil der Erblasser seine Frau und Kinder zu Erben eingesetzt hat, ohne ihre Portion in Quanto oder Quoto zu bestimmen. Der vorige Richter will daher diese drei Erben zu gleichen Theilen eingesetzt wissen. Dieses würde wahr seyn, wenn der Testator keine Intestat-Erben eingesetzt hätte;

Hellfeldt, l. c. §. 1439.

oder auch nach der Meinung einiger Rechtslehrer, wenn der Testator nicht seine beiden Kinder collective genannt hätte.

Vinnius ad L. 6. I. de hered. inst. N. 1.

Conjuncti pro una habentur persona.

Da aber der Testator seine Frau und beiden Kinder zu Erben einsetzte, ohne ihr Erbtheil zu bestimmen: so tritt die Regel ein: in Quantum voluntas non sustulit legem, in tantum subsistit lex, und es bleibt daher in Ansehung der Erbquoten bei der Disposition der Gesetze in der Intestat-Erbfolge.

Lauterbach Coll. Theor. Pract.

Da nun nach Märkischen Rechten der überlebenden Ehegattin ohnehin die Hälfte des Nachlasses zukommt: so blieb für jedes der beiden nachgelassenen, conjunctim zu Erben eingesetzten Kinder $\frac{1}{4}$ des Nachlasses. Da aber das Ael-

teste dieser Kinder gestorben ist, und die nachgelassene Mutter und Schwester selbiges in Capita beerbt haben: so würde, wenn gleich der Kauf-Contract quaest. wegen beider minorennen Kinder ungültig wäre, die Klägerin doch nur in Hinsicht von $\frac{3}{8}$ des Nachlasses ihres Vaters mithin auch des Guthes Biesen legitimirt seyn, und ihr also auch nur $\frac{3}{8}$ nicht aber $\frac{1}{2}$ davon eigenthümlich zugestanden werden können. Davon aber kann überall nicht die Rede seyn. Die einzige noch zu untersuchen übrige Frage, auf welche es jedoch hauptsächlich ankommt, ist die,

> war die Wittwe Troll nach der testamentarischen Disposition ihres verstorbenen Mannes zur alleinigen Verfügung über den Nachlaſs desselben und zur Veräusserung des dazu gehörigen Guthes Biesen, ohne Concurrenz ihrer beiden Kinder berechtigt?

Ist dieſs nicht: so leidet es kein Bedenken, daſs der Contract als null und nichtig aufgehoben werden muſs; ist es aber der Fall: so ist die Abweisung der Klägerin unbedenklich. Nun ist es nicht zu leugnen, daſs die Worte des Testaments ganz für die letzte Alternative streiten, so bald die Vorschriften des gemeinen Rechts seit 1788. hier nicht aus den Augen gelassen werden. Das Testament kann mit dem vorigen

Richter nicht dahin interpretirt werden, daſs sämmtliche drei instituirte Personen Erben zu gleichen Theilen wären, und nur die Mutter ad dies vitae den Nieſsbrauch des gesammten Vermögens behalten solle. Die Klägerin will aber sogar dieſs Testament für sich noch günstiger auslegen. Allein beides widerspricht dem Sinn des Testators. Nach gemeinen Rechten, nach welchen dieser Fall beurtheilt werden muſs, muſste ein Pater Familias die heredes necessarios entweder verbis praeceptivis instituiren oder ex justa causa exherediren. Daher verordnet der Testator, daſs seine Kinder sub titulo honorabili als Erben eingesetzt seyn sollten. Aus der ganzen Fassung des Testaments geht sehr deutlich dieser Bewegungsgrund und Ursache hervor. Daher heiſst es im Testament: seine Frau und Kinder sollten die einzigen Erben seyn und bleiben, daher die eigentliche Gesetzesregel mit ausdrücklichen Worten; immaaſsen sie titulo institutionis honorabili zu Erben eingesetzt seyn sollten.

Daher die bedeutende Verbindung des Vorder- und Nachsatzes durch z w a r und a b e r, welche sehr deutlich an den Tag legt, daſs der Testator mit dem Vordersatze weiter nichts, als den Vorschriften der Gesetze habe genügen wollen, daſs aber sein Haupt-Wille uud Entschluſs

in dem Nachsatze der gegenwärtigen Verordnung anzutreffen sey. Hier heifst es nun sehr bestimmt, daſs unter der Voraussetzung des unverrückten Wittwenstuhls, seine Ehefrau seinen Nachlaſs mit Niemand theilen sollte, welches die Folge gewesen seyn würde, wenn die Kinder Mit-Erben der Mutter gewesen seyn würden, daſs auch selbst die Kinder von dem Nachlasse nichts erhalten sollten, als was zu ihrem Fortkommen erforderlich seyn würde, und daſs diese dann erst zur Erbschaft gelangen und sich in das Vermögen und Nachlaſs, wie es heiſst, gesetzmäſsig theilen sollten, wenn die Mutter mit Tode abgehen würde. Die Mutter war mithin hereditrix fideicommissaria im Sinn des gemeinen Rechts und die Kinder heredes substituti. Daſs hierin keine Verletzung des Pflichttheils liegt, ergiebt sich von selbst; auch hat die Klägerin dieſs nicht behauptet, noch hat sie, oder ihr Vormund actionem Suppletoriam angestellt, sondern sich als Erbin aus diesem Testament gerirt, wie das Protocoll vom 21. Jun. 1794. in den Vormundschafts-Acten beweiset.

Es ist hier auch ein ganz anderer Fall, als welcher

in Eisenbergs und Stengels Beiträgen Th. I. S. 386.

angeführt ist,

wenn eine Ehefrau mit ihren Kindern zwar zu Erben eingesetzt, zugleich aber verordnet ist, daſs die Wittwe im Besitze und Genusse des sämmtlichen Nachlasses bleiben soll.

Hier wird der Wittwe ausdrücklich nur der Nieſsbrauch des Vermögens ihrer Kinder vorbehalten, das Letztere aber ausgemittelt und nicht als ein Theil des mütterlichen Vermögens angesehen. Ganz anders ist es im vorliegenden Falle. Das Vermögen der Kinder soll nicht ausgemittelt, keine Theilung vorgenommen werden, und die Kinder sollen dann erst zur Erbschaft gelangen und sich im Nachlasse theilen, wenn die Mutter todt ist, — dann aber die Kinder auch in dem ganzen Nachlaſs succediren. Als hereditrix fideicommissaria aber konnte die Mutter unbezweifelt über einzelne Erbschaft - Stücke disponiren, mithin auch das Guth Biesen verkaufen, quia in universtitatibus juris pretium succedirt in locum rei, ohne daſs einmal der Vormund ihrer Kinder dabei zugezogen werden durfte. Selbst aber wenn die Wittwe nicht als solche angesehen werden könnte, würde ihr nichts destoweniger die eigenmächtige Disposition aus dem Testamente zustehen. Denn sie soll im ungetheilten Besitze des Nachlasses bis zu ihrem Tode blieben; — sie soll nicht nöthig haben

selbst den Kindern über ihre Bedürfnisse Etwas zu verabreichen, und dieſs aus dem Grunde, weil der Testator sich für überzeugt hielt, daſs sie den Nachlaſs conserviren werde. Wer über eine Sache nicht verfügen kann, befindet sich in der Unmöglichkeit sie zu conserviren. Wenn der Testator daher seiner Frau die Conservation seines Nachlasses zur Pflicht machte: so muſste er derselben es möglich gemacht, mithin sie in das Recht gesetzt haben, über den Nachlaſs zu disponiren. Er macht dieses Verfügungs-Recht von keinem Andern abhängig, indem er seinen Kindern erst nach ihrem Tode ein Recht auf den Nachlaſs einräumt und macht die Conservation desselben nur ihr allein zur Pflicht.

Es leuchtet daher ein, daſs der Testator die alleinige Disposition über seinen Nachlaſs seiner Ehefrau überlassen habe, und so hat es auch das vormundschaftliche Gericht zu Wittstock verstanden, welches den Willen des Testators gewiſs am besten wissen konnte, da dasselbe Personale das Testamentum nuncupativum aufgenommen hatte.

Dieſs vorausgesetzt war die Wittwe Troll zur Veräusserung des Guths Biesen wohl berechtigt und der errichtete Kauf-Contract völlig zu Recht beständig. Wenigstens ist die Klägerin bei Lebzeiten ihrer Mutter nach dem Testament zur

An-

Anstellung einer solchen Klage nicht ermächtiget. Die Beklagten haben daher keine Stöhrung ihres 13jährigen rechtmäſsigen Besitzes zu befürchten, sondern die Klägerin muſs abgewiesen werden. Da sie indessen die günstige Entscheidung des ersten Richters für sich hat: so müssen die Kosten compensirt werden.

v. Wyckersloot.

Gegen dieses am 20. Dec. 1804. publicirte Appellations-Urtel ergriff die Klägerin, die verehelichte Kaphengst, das Rechtsmittels der Revision.

Rechtliche Ausführung
für die verehelichte Kaphengst, Klägerin, jetzt Revidentin wider die Gemeine zu Biesen, Beklagte, jetzt Revisin.

Allerdurchlauchtigster etc.

Es ist nicht abzusehen, wie Bemerkungen, von denen es heiſst, daſs sie das Urtheil des Richters nicht bestimmen können, auf die Ehre Anspruch machen dürfen, in die Entscheidungsgründe verwebt zu werden. Judex a quo hat

sich hier vermuthlich selbst hintergangen. Er hat sich nicht nur nicht enthalten können, etwas zur Sache nicht gehöriges zu sagen, sondern er hat hier unwillkührlich seine eigene Meinung verrathen, wodurch er verleitet worden ist, dem Trollschen Testamente einen Sinn unterzulegen, welcher dem Testator gewiſs nie eingefallen war.

Indessen ist auch das was der vorige Richter von dem gegen die Wittwe Troll zu nehmenden Regresse und von dem Verlust, welchen Klägerin durch ein obsiegliches Urtel an ihrer Erbschaft erleiden würde, nicht einmal richtig. Denn gegen die Wittwe ist gar kein Regreſs gedenkbar, da der Kauf-Contract besagt, daſs die Mutter und der Vormund das Guth verkauft haben, die Mutter aber ihren Antheil nicht zurückfordert.

Uebrigens ist die Klägerin von der Kammer ausdrücklich zur Klage aufgefordert worden. Sie hatte also einen gesetzlichen Grund zur Klage, und Beklagte müssen wenigstens die bis zum erfolgten Consens aufgelauffenen Kosten übernehmen und erstatten.

Erwegt man ferner daſs der Bürgermeister Janenzki als Obervormund selbst den Contract abgeschlossen hat, — daſs die Wittwe den Versicherungen desselben, als ihrer Obrigkeit Glau-

ben beimessen muſste — daſs es die Sache der Käufer gewesen wäre, sich aus dem Hypothekenbuche zu informiren: so läſst sich wohl daran nicht zweifeln, daſs der qu. Contract vom Anfange an nichtig gewesen sey.

Ganz ohne Grund bringt ferner der vorige Richter die Intestat-Erbfolge zur Anwendung. Es ist eine bekannte Rechtsregel.

> Wenn mehrere Erben, und zwar ohne Bestimmung der Erbtheile eingesetzt sind, so wird die Verlassenschaft zu gleichen Theilen unter sie vertheilt.

Dieſs findet auch Statt, wenn der Testirer seine Intestat-Erben eingesetzt hat, und diese in der Intestat-Erbfolge ungleiche Theile würden erhalten haben.

> Vinnius ad §. 6. Instit. de hered. instituend. n. I.

Zwar wollen manche Rechtsgelehrten den Fall ausnehmen, wenn der Testator seine Erben nomine collectivo eingesetzt hat; allein diese Streitigkeit muſs eines Theils nach dem Allgem. L. R. entschieden werden

> §. IX. des Publ. Patents,

und alsdann bleibt es bei dem Grundsatz:

> Sind ohne nähere Bestimmung mehrere Personen zu Erben eingesetzt worden: so erwerben sie die Erbschaft zu gleichen Theilen:

Allgem. L. R. Th. I. Tit. 12. §. 261. andern Theils ist in dem Trollschen Testamente keine wahre Conjunctio heredum anzutreffen; vielmehr würden nach der Regel:

Plures personae in eadem propositione nominatae, pro una habentur,

die Wittwe Troll und ihre Kinder pro una persona gehalten werden müssen, weil es unter andern im Testamente heifst:

immafsen er dieselben hiemit sub titulo institutionis honorabili als seine Universal-Erben hiemit eingesetzt haben wolle.

Solchem nach hätte der Testator die Absicht gehabt, dafs seine Erben sich in dem Nachlafs gar nicht theilen sollten; es wäre denn, dafs die Wittwe sich anderweitig verheirathete, oder mit Tode abginge.

Dieser Streit hat indessen nur einen geringen Einfiufs auf die Hauptsache, und überdiefs mufs Deducent hier sich auf dasjenige beziehen, was er in seinen vorigen Schriften weiter ausgeführt hat, nehmlich, dafs die Wittwe nur als Niefsbraucherin des Nachlassss angesehen werden kann, und sich daher als solche, jeder einseitigen Verfügung über die Substanz der Verlassenschaft enthalten mufste.

Dafs bei jeder andern Auslegung des Testaments eine Verletzung der Kinder im Pflicht-

theile vorhanden war, oder es doch wenigstens an der bei der Concurrenz minorenner Mit-Erben erforderlichen Sicherheit mangelte, leuchtet wohl von selbst ein; und da jede letztwillige Verordnung so ausgelegt werden muſs, wie sie nach den Gesetzen am besten bestehen kann: so zerfällt die in Sententia a qua aufgestellte, ohnehin sehr erzwungene Auslegung des Trollschen Testaments in sich selbst.

Von einem Fideicommiſs ist in dem gedachten Testament vollends nicht die Rede; wäre aber auch die Wittwe für eine hereditrix fiduciaria zu achten; so würde sie doch in keinem Falle berechtigt gewesen seyn, die res fideicommissi nexu comprehensas, zu veräussern, nach der bekannten Rechtsregel

Res fideicommissi nexui obnoxiae alienari nequeunt.

Hellfeldt, Jurisprud. forens. §. 1587.

Nur in besondern Fällen ist eine solche Veräusserung erlaubt; dieſs sind aber Ausnahmen unter welchen der vorliegende Fall nicht anzutreffen ist.

Der Appellationsrichter findet awar eine Unmöglichkeit darinn, daſs der, welcher über die Substanz einer Sache nicht verfügen darf, solche zu conserviren im Stande seyn sollte. Indessen dieses Argument findet die beste Wider-

legung in sich selbst und es liefse sich mit gleichem Rechte behaupten, dafs ein Porzellan-Service nicht anders conservirt werden könne, als wenn es entzwei geschlagen würde.

Eben so wenig kann der Richter, welcher ein Testamentum nuncupativum aufgenommen hat, befugt seyn, solches im zweifelhaften Falle zu interpretiren, weil ihm angeblich die Willensmeinung des Testators am besten bekannt seyn müsse. Wenn der Willkühr einer Gerichts-Person ein so grofser Spielraum gelassen werden sollte: so würde es ganz überflüssig seyn, schriftliche Verhandlungen aufzunehmen, oder irgend eine Förmlichkeit dabei zu beobachten.

Der stärkste Grund, welcher ganz allein das Raisonnement des vorigen Richters über den Hauffen wirft, ergiebt sich aber daraus, dafs der Vormund der Klägerin bei dem streitigen Vertrage zugezogen und ausdrücklich als Verkäuffer aufgeführt worden ist. Es heifst nehmlich im §. 1. des Contracts vom 16. Jun. 1791.

> die oben benannte Wittwe Trollen, gebohrne Kaphengst und der Vormund ihrer Kinder verkaufen nehmlich das ihnen in dem Dorfe Biesen zustehende Ritterguth etc.

und im §. 3. 4. 5. 6. 7. 8. 9. wird jederzeit der Verkäufere gedacht. Die Beklagten selbst haben also damals das Mit-Eigenthumsrecht der

Trollschen Kinder an dem Guthe Biesen in specie anerkannt; der Vormund hat die jetzt streitige Hälfte verkauft, welches aus seiner Zuziehung unwidersprechlich folgt; hierbei sind jedoch die sub poena nullitatis vorgeschriebenen Förmlichkeiten nicht beobachtet worden, und es rechtfertigt sich hiernach der Antrag,

auf Wiederherstellung des ersten Erkenntnisses compensatis expensis

vollkommen.

Der ich in tiefster Ehrfurcht ersterbe

Ew. Königl. Majestät

Berlin d. 28. Febr. 1805.

allerunterthänigster

Knack.

Rechtliche Gegenausführung dritter Instanz für die Gemeine zu Biesen, Verklagte und jetzt Revisin, wider die Kaphengstsche Eheleute, Kläger und Revidenten.

Der Eingang der Gründe des Appellations-Erkenntnisses,

auf dessen Bestätigung unter Verurtheilung

der Revidenten in die Kosten dieser Instanz sammt Succembenz - Geldern,

die verklagte Gemeine ihren Antrag richtet, ist weder so unpassend, wie der Deducent der Revidenten vermeint, noch folgt daraus im geringsten eine vorgefaſste Meinung des Appellationsrichters, durch die er sich selbst hintergangen, und Dinge, so zur Sache nicht gehören, gesagt haben solle. Ihm drängte sich hier, so wie es der Natur der Sache zu Folge in jedem Fall geschehen muſs, gleich, nachdem er sich von der Lage dieses Rechtsstreits informirt hatte, die Frage auf, was die Kläger damit bezweckten, und welches die unmittelbaren Folgen dieser oder jener Entscheidungsart seyn würde. Wollte man dem Richter das Nachdenken über diese Frage verschränken: so würde er zu einer bloſsen Maschine herabgewürdigt, deren einzige Bestimmung es ist, das auf das ausgemittelte Factum passende Gesetz buchstäblish anzuwenden, ohne sich um den Sinn desselben zu bekümmern. Wenn aber diese Einschränkung dem Geiste unserer Gesetzgebung schnurgrade widerspricht: so ist auch kein Grund abzusehen, der den Richter hindern könnte, das bei jenem unvermeidlichen Nachdenken aufgefundene Resultat in die Entscheidungsgründe mit aufzunehmen, vorausgesetzt, daſs dieſs nur historisch, notitiae causa,

geschieht, und solches nicht als ratio decidendi selbst von ihm aufgestellt wird. Daſs der vorige Richter hier nun dieſs gethan, sagt er selbst mit dürren Worten; und es kann ihm daher hierüber um so weniger ein Vorwurf gemacht werden, als häufig in den Entscheidungsgründen Punkte aufgenommen werden, deren Aufstellung nur historisch oder nachrichtlich geschieht, ohne darauf einen eigentlichen Grund der Entscheidung zu bauen, — dieſs sogar bei mehreren Vorfällen z. B. der Species facti vorschriftsmäſsig geschehen muſs. Noch viel weniger aber folgt hieraus die vom Gegentheil ihm mit Unrecht vorgeworfene Selbsttäuschung oder vorgefaſste Meinung; und es ist vielmehr dasjenige unwiderleglich richtig, was der Richter zweiter Instanz hierüber im Eingange notitiae causa bemerkt, daſs nehmlich bei dem ganzen vorliegenden Rechtsstreite für die Klägerin nichts zu gewinnen sey, mithin hier eigentlich nach dem Sprüchworte um des Kaisers Bart gestritten werde, und daſs wenn in demselben die Kläger obtinirten, hieraus eine unabsehbare Menge von Schwierigkeiten, Prozessen und unglücklichen Folgen entstehen würde. Die letztere Alternativa ist bereits in den frühern Ausführungen dargethan, auf die daher um so mehr Bezug genommen wird, da auch nur ein flüchtiger An-

blick der vielen Acten, welche über die Biesensche Separation seit langen Jahren vergeblich verhandelt worden, jeden Unpartheiischen vollständig überzeugen, dafs nur jene Separation durch die Begünstigung der Kläger vereitelt wurde, die nur durch den in Rede stehenden Verkauf hat realisirt werden können. Sollte die Gemeinschaft wieder eintreten; so würden nicht nur alle die unendlichen Schwierigkeiten wieder aufleben, sondern es würden noch neue hinzukommen, indem die Meliorationen, Deteriorationen, Zustand des Gutes zur Zeit des Verkaufs und der Rückgabe, Verwendung der Kaufgelder u. s. w. neue Prozesse und Weitläuftigkeiten verursachen, welche die Gemeine in unerschwingliche Kosten setzen und den Ruin derselben zur Folge haben würden.

Diefs zur Rechtfertigung des Appellationsrichters vorausgesetzt, da der Deducent der Meinung desselben beitritt und sich daher bescheidet hieraus juristisch kein Argumentum decisionis herleiten zu können, wendet er sich mit ebenmäfsiger Beziehung auf die frühern Ausführungen zu einer abermaligen, jedoch zur Vermeidung unnützer Wiederholungen, nur kurzen Prüfung der Sache selbst, wenn noch zuvor in Ansehung des Objecti litis hier bemerkt wor-

den, daſs allerdings der verklagten Gemeine, wegen des, was sie hier wider Vermuthen verlieren möchte, der Regreſs gegen die Wittwe Troll zusteht, die der, nur zum Ueberfluſs geschehenen Zuziehung des Vormundes ihrer Kinder ungeachtet, nicht nur alleinige Verkäuferin war, sondern auch allein die Kaufgelder in Empfang genommen hat, mithin auch den Käufern, die ihr deshalb auch litem denunciirt haben, die Gewehr leisten muſs, — daſs mithin die Klägerin als Erbin der Wittwe durch diese Gewehrsleisung auf der einen Seite alles dasjenige wieder verliert, was sie auf der andern Seite nur durch den glücklichsten Ausgang des Prozesses gewinnen kann. Es ist auch nicht abzusehen, wie der gegenseitige Deducent in die nach der Angabe geschehenen Aufforderung der Kammer zur Klage, ein rechtliches Fundament setzen kann, daſs die Klägerin die Kosten des Prozesses bis zu erhaltenen Consens zum Besitz des Guthes von den Beklagten fordern könne. Dieser Einwand ist überhaupt de jure tertii, nehmlich des Staats hergenommen, und ist um so unzulässiger, da die Legitimation der Verklagten zum Besitz des erkauften Guths den Verkäufern nie ein Recht geben konnte, von dem Contract abzugehen, indem selbst, wenn er gar nicht herbeizuschaffen gewesen wäre, er die Verklagten niemals verpflich-

tete, das Guth an einen qualificirten Besitzer wieder abzutreten.

Den Einwand der Verjährung betreffend, welcher der Klage entgegengesetzt worden, so überläfst Deducent denselben der Prüfung des erleuchteten Revisionsrichters um so mehr, dafs wenn er auch von demselben wider Verhoffen verworfen werden sollte, es demohnerachtet der Klage an allem rechtlichen Fundament fehlt. Auf das Ermessen eben dieses Richters submittirt aus gleichem Grunde Deducent wegen des angeblich bei dem Contract vorgefallenen Irrthums, der übrigens, wenn er auch, wie doch nicht ist, vorhanden gewesen wäre, dennoch den Verkäufern nie rechtlich zu einem Grunde dienen kann, den Contract anzufechten, da derselbe ihnen selbst beizumessen wäre. Der Kauf-Contract mittelst dessen die Beklagte das in Rede stehende Guth erworben haben, ist vom Anfange an gültig abgeschlossen worden, und kann daher von den Klägern jetzt weder ganz, noch zum Theil angefochten werden, so dafs es hier eigentlich der Untersuchung der Frage gar nicht bedarf, welcher Antheil an Biesen der Wittwe nach dem Tode ihres verstorbenen Mannes zugestanden habe, da diese, wie gleich unten näher gezeigt werden soll, alleinige und uneingeschränkte Eigenthümerin desselben war. Soll aber ohne Rück-

sicht hierauf der Antheil ausgemittelt werden: so ist unbezweifelt, daſs ihr $\frac{5}{8}$, der Klägerin aber höchstens nur $\frac{3}{8}$ des Guts zustehe. In dem mehr erwehnten Testamente setzte nehmlich der Erblasser seine Wittwe und beide damals noch lebende Kinder zu Erben ein, ohne ihren Erbtheil zu bestimmen, und es muſs daher hier allerdings die Intestat-Erbfolge eintreten, die daher in so fern hier von dem Appellationsrichter keinssweges mit Unrecht zur Anwendung gebracht ist.

Lauterbach, Colleg. Theor. Pract. Lib. 28. Tit. 2. § 14.

Nach dieser aber gebührt bekanntlich der Ehefrau die Hälfte, und den zwei Kindern die andere Hälfte, die nach dem Tode des einen wieder zu gleichen Theilen an die Wittwe und das übrig gebliebene Kind, die jetzige Klägerin gefallen ist; und es ist daher gar nicht abzusehen, was der gegenseitige Deducent mit der Idee von una persona hier sagen will. *)

---

*) Kann man sagen, daſs der überlebende Ehegatte, welcher die Portionem Statutariam, folglich mit Einwerfung seines eigenen Vermögens fordert, ab intestato succedirt? Diese Frage hätte meines Erachtens sollen zur Sprache gebracht werden. War die Wittwe ohne Rüsksicht auf ihre Portio Sta-

Wenn er aber darinn Recht hat, und mit dem Appellationsrichter einig ist, daſs es hierauf bei der vorliegenden Sache nicht ankommt: so irrt er desto mehr, wenn er aus dem Testamente herleiten will, daſs die Wittwe nur bloſse Nieſsbraucherin sey, da sie nach demselben unbedenklich alleinige und freie Eigenthümerin des ganzen Nachlassses, mithin auch des dazu gehörigen Guthes Biesen und als solche vollkommen befugt ist, darüber zu disponiren, mithin auch es, wie geschehen, zu verkaufen, ohne daſs es hierzu der Zuziehung des Vormundes ihrer Kinder bedurfte. Dieſs ergeben die Worte des Testaments, die im Appellations-Erkenntnisse nicht auf eine gezwungene, vielmehr auf eine ganz natürliche und die allein richtige Weise erklärt sind, daſs der darinn erfolgten und gesetzlich nothwendigen Erbeseinsetzung der Wittwe und

---

tutaria zur Mit-Erbin eingesetzt: so erhielt sie Kindes-Theil, mithin ein Drittheil des Nachlasses ihres verstorbenen Mannes. Die erst aufgeworfene Frage scheint verneint werden zu müssen, wenigstens giebt das Testament, das der Portionis Statutariae gar nicht erwehnt, zu deren Bejahung keine Veranlassung. War sie also Erbin ex testamento: so kam ihr nach dem Tode des verstorbenen Kindes die Hälfte des Nachlasses zu.

Kinder die völlig erlaubte Maafsgabe hinzugefügt worden, dafs wenn sie den Wittwenstuhl nicht verrückte, Erstere lebenslang das Ganze behalten, die Kinder aber allererst nach ihrem Tode zu gleichen Theilen dasjenige erhalten sollten, was alsdann übrig seyn würde, welches sich ganz sonnenklar aus den gebrauchten Verbindungswörtern zwar und aber ergibt; auch wird die Wittwe unverkenntlich nicht als blofse Niefsbraucherin, sondern als einige Eigenthümerin bezeichnet, so dafs es einer Untersuchung der Frage nicht bedarf, ob sie als hereditrix fidejussoria zur Alienation berechtigt sey: denn es ist hier diefs unbedenklich, indem an dem ganzen Nachlasse bei ihrem Leben den Kindern gar kein weiteres Recht zustand als die Forderung des Unterhalts, diese auch ein mehreres Recht allererst nach ihrem Tode erlangten, nehmlich alsdenn das, was zu dieser Zeit noch vorhanden seyn würde, zu gleichen Theilen unter sich zu theilen, wogegen bis dahin gar keine Theilung erfolgen, durchaus keine Ausmittelung des hiernach früher gar nicht vorhandenen Erbtheils der Kinder erfolgen konnte noch sollte, vielmehr bis dahin der Wittwe das uneingeschränkte Eigenthum des Nachlasses verbleiben mufste, dessen Conservation ihr der Erblasser, wie er ausdrücklich sagt, zutrauete. So wie der Appellationsrichter aus

diesem geäusserten Zutrauen des Erblassers mit Recht die Folgerung zieht, daſs es dessen Wille gewesen, ihr darüber eine Disposition zu gestatten, da sonst der entgegenstehende Fall von Nicht-Conservation gar nicht möglich wäre, — eben so läſst sich bei dem hier in der Revisions-Deduction angebrachten ganz unpassenden Vergleich von der Conservation eines Porcellain Service durch dessen Zerschlagung schlechterdings gar kein Tertium Comparationis, noch ein Grund für die Meinung der Klägerin auffinden. Im Gegentheil ergiebt diese richtige Darstellung, daſs Theils hier von keiner Verletzung des Pflichttheils, Theils von keiner durch die Wittwe zu leistenden weder usufructuarischen noch fideicommissarischen Caution so wenig mit als ohne Abzug der Quartae Trebellianicae die Rede seyn kann. Von dem Pflichttheil nicht, weil eine Verletzung desselben in casu so wenig vorhanden, als auch nur von der Klägerin behauptet ist, die weit entfernt ist, die ihr in diesem Falle zustehende actionem Suppletoriam anzustellen, das Testament wiederholend simpliciter anerkannt, auf dessen Gruud die Erbschaft angetreten, und sogar die jetzige Klage anstellte. Aber auch von keiner Art einer Caution kann um deshalb die Rede seyn, weil der Wittwe nicht bloſs der Besitz und Genuſs des Nachlasses auf Lebenszeit,

son-

sondern wie oben gezeigt ist, dessen freies Eigenthum übertragen ist, daher auch das nur auf den ersteren von dem hier vorhandenen ganz verschiedenen Fall passende Conclusum des Kurmärk. Pupillen-Collegii vom 17. Mart. 1794.

Eisenbergs Beiträge B. I. S. 372.

hier nicht Anwendung findet.

Was endlich in der gegenseitigen Deduction von der Befugnifs des Richters gesagt wird, ein von ihm aufgenommenes Testamentum nuncupativum zu erklären, ist Theils in den daraus gezogenen Folgerungen, dafs es denn der schriftlichen Aufnahme und der Beobachtung einiger Förmlichkeiten gar nicht mehr bedürfe, aufs äusserste übertrieben, — Theils ganz unerheblich, da Sententia a qua diese Befugnifs im Allgemeinen gar nicht vertheidigt, sondern nur den Umstand als einen Nebengrund zur Bestärkung ihres Raisonnements, obschon es dessen bei dem entscheidenden Gewichte der übrigen nicht bedurfte, zwar zum Ueberflufs, jedoch ganz richtig mit angeführt, dafs der Richter, der das mündliche Testament des Troll aufnahm, dadurch dafs er den in Rede stehenden Contract beschlofs, zu erkennen gegeben hat, dafs er die Wittwe hiezu für befugt halte, welches nach der Paroemie, jederman ist der beste Ausleger seiner Worte, allerdings von Erheblichkeit seyn würde, wenn bei

der Sache selbst annoch irgend ein Zweifel obwaltete, welches in der That nicht der Fall ist. Zog nun aber dieser Richter bei jenem Kauf-Contract den Vormund der minderjährigen Kinder mit zu, welches nach der obigen Ausführung völlig unnöthig war: so beobachtete er hier den Grundsatz, Superflua non nocent, und es bedarf wohl keiner weitern Ausführung, dafs dieses offenbahre Superfluum an der oben entwickelten Lage der Sache nichts ändern kann, der gegenseitige Deducent daher mit Unrecht hierauf ein so grofses Gewicht legt, und am allerwenigsten daraus folgt, dafs der Klägerin irgend ein Antheil an dem Guthe Biesen zustehe.

Sollte indessen aus diesem oder einem andern Grunde, der erleuchtete Revisionsrichter der Meinung seyn, dafs bei dem Verkauf von Biesen die Zuziehung der damaligen minorennen Trollschen Kinder de necessitate gewesen: so ist auch diese durch den Vormund erfolgt; auch sind dabei die gesetzlichen Vorschriften im Wesentlichen beobachtet, mithin ist auch selbst in diesem schlimmsten Falle der darüber abgeschlossene Contract unwiderruflich rechtsbeständig, und die Klage auf dessen Aufhebung also ganz unzulässig. Deducent bezieht sich zum Erweise dieser Behauptung speciell auf dasjenige, was er darüber in den frühern Rechts-Ausführungen

gesagt hat, und bemerkt daher aus diesen nur summarisch, daſs das Guth Biesen nicht als ein Ritter- sondern als ein Amtsässiges Guth zu betrachten ist, weil es auch in dem Wittstockschen Hypothekenbuache eingetragen, der Jurisdiction dieses Amts unterworfen, demselben zu allen Lasten der übrigen Amtsgüther zwischen denen es auch in einer fast unzertrennlichen Weise belegen, verpflichtet und selbst nur von bürgerlichen Personen besessen worden ist.

Die Frage, welche Förmlichkeiten bei dem Verkauf desselben zu beobachten waren, kann so nach nicht nach den §. 558 und 559. Th. II. Tit. 18. des Allgem. L. R. die bloſs von adelichen Güthern reden, sondern muſs vielmehr nach dem §. 550. l. c. beantwortet werden, der mit den Vorschriften des gemeinen Rechts, besonders der Vormundschafts-Ordnung von 1718. §. 50. beinahe übereinstimmt.

So nach bedurfte es hier nichts weiter, als justam causam, cognitionem judicis, Decretum de alienando et Taxationem et Subhastationem. Von diesen Requisitis ist aber, ohne der Separation zu erwehnen, das ad a, vorhanden in der Provocation der Wittwe auf Theilung, der solche als Miteigenthümerin zusteht — — das ad b, ist ebenmäſsig durch das Protocoll vom 24. Aug. 1791. erledigt, wornach sich der Vormund und

das obervormundschaftliche Collegium völlig von dieser justa causa überzeugt hatte. Dagegen bedurfte es des förmlichen noch jeden Augenblick nachzubringenden Decreti de alienando hier nicht, wenn man es nicht zu einer leeren Formalität, dem Geist unserer Gesetzgebung entgegen, machen will, da gerade der Overvormund der Bürgermeister Janenzki, welcher diefs Protocoll aufgenommen hatte, auch den Kauf-Contract abschlofs, mithin diefs Decret oder seine Einwilligung durch die aller concludentesten Handlungen zu erkennen gab, welches gesetzlich eben so viel wirkt, als ob er diefs expresse durch jenes Dekret gethan hätte. Und endlich bedurfte es hier weder der Taxe, da sich aus der damals erfolgten Bonitirung weit genauer der Werth ergab, noch der Subhastation, da wenigstens $\frac{5}{8}$ oder die Hälfte der Wittwe gehörte, die den Verkauf aus freier Hand verlangte, welchem der Vormund beitreten mufste, wie im Allgem. L. R. l. c. §. 578. ausdrücklich vorgeschrieben ist, auch darinn die in der angeführten Vormundschafts-Ordnung §. 52. sequ. gemachte Ausnahme und den allgemeinen Grundsätzen vom gemeinschaftlichen Eigenthum analogisch folgt, weshalb denn selbst in dieser Rücksicht die Sententia Appellationis gerechtfertigt ist, und Deducent daher, zumal davon der Ruin oder das Glück der ganzen

Gemeine zu Biesen abhängt, zuversichtsvoll die Bestätigung des ergangenen zweiten Urtels h...

Berlin d. 26. März 1805.

Türcke.

Revisions Urtel.

In Sachen der Sophia Dorothea verehelichte Kaphengst, gebohrne Troll, in Beistand ihres Ehemanns, Klägerin jetzt Revidentin, wider die Gemeine zu Biesen, Beklagte jetzt Revisin;

Erkennen Wir Friedrich Wilhelm von Gottes Gnaden König von Preufsen etc. für Recht.

Dafs Formalia richtig, auch qua Materialia Sententia Appellationis a qua vom 20. Decemb. 1804. dahin zu ändern: dafs Klägerin nicht gänzlich abzuweisen, vielmehr der Kauf - Contract vom 16. Jun. 1791. in Ansehung der ihr zustehenden drei Achtel so lange für ungültig zu achten, als Klägerin die Erbin ihrer Mutter noch nicht geworden seyn wird, auf den Fall aber, dafs Klägerin die Erbin ihrer Mutter künftig werden sollte, den Beklagten ihre Rechte vorzubehalten, übrigens es sich von selbst verstehe, dafs Klägerin, so lange ihre Mutter noch am Leben ist, und nicht zur anderweitigen Ehe schreitet, auf

den Mitbesitz und das Nutzungsrecht des Guths Biesen keinen. Anspruch machen kann. *)

V. R. W.

v. Grolmann.

Publ. d. 29ten Jul. 1805.

Da in dem Revisionsurtel der Kostenpunkt übergangen war: so declarirte das Tribunal auf die Vorstellung des Justiz-Commissarius Türcke in seinem Anschreiben an das Kammergericht vom 20. Aug. 1805. das Urtel dahin:

Wie es sich von selbst verstehe, dafs die Kosten, da reformatorie erkannt worden, zu compensiren.

---

*) Da mir die Gründe, worauf dieses Urtel gebauet ist, nicht bekannt sind: so kann ich nur in Rücksicht der oben gesetzten Anmerkung anführen, dafs, wenn man annehmen mufs, dafs die Wittwe ganz rein blofs ex testamento Erbin geworden ist, ihr ein Drittheil des Nachlasses ihres verstorbenen Mannes gebührte. Als sie nun nachher ihrem verstorbenen Sohne ab intestato mit ihrer Tochter, der dritten im Testamente eingesetzten Erbin, succedierte: so erhielt sie von diesem Drittheile wiederum die Hälfte. Zur Zeit der angestellten Klage kam ihr also die eine Hälfte der ganzen Erbschaft zu, so wie die andere Hälfte ihrer Tochter gebührte.

III.

Stehen dem Königl. Haupt-Eisen Comtoir jura Fisci zu.

Zur Beförderung des Debits der Eisen- und Blech-Waaren von den königlichen Hüttenwerken wurden am 1. Aug. 1768. in verschiedenen Städten Haupt-Factoreyen und unter selbigen stehende Distributionen von diesen Waaren errichtet, wovon es in dem vollzogenen Einrichtungs-Plane heiſst:

§. 6. Zu Haupt-Factoreyen und Unter-Distributeurs sollen tüchtige Subjecte vorgeschlagen werden, worauf man sich verlassen kann, ohne daſs es nöthig ist von selbigen eine besondere Caution zu verlangen;

und in der Instruction für die Distributeurs heiſst es:

> Jeder Distributeur erhält die zum beständigen Verlag dortiger Gegend erforderlichen Eisenwaaren, zwar ohne besondere Caution; er muſs aber für deren Werth jederzeit mit seinen Mo- und Immobiliar-Vermögen einstehen, und solche als ein ihm anvertrautes königliches Depot aufs sorgfältigste administriren.

Seit der Anstellung des Ministers von Heinitz als Chefs des Bergwerks- und Hütten-Departements sind die Berg- und Hütten-Werke und metallischen Fabrik-Anstalten in vier Hauptdistricte eingetheilt worden. Für den ersten Hauptdistrict, welcher die Chur- und Neu-Mark, Ost- und Westpreuſsen umfaſst, ist eine besondere Bergwerk- und Hütten-Administration in Berlin angeordnet. Dieses Collegium steht (1800) unter der Direction des Oberbergraths Wehling, welcher zugleich die Aufsicht über das im Jahr 1780. etablirte Haupt-Eisen Comtoir führt und mit den dabei angestellten Assessoren den Eisenhandel in den Provinzen diesseits der Weser auch den Absatz der Schlesischen Steinkohlen und des Salpeters betreibt. Unter diesem Eisen-Comtoir steht, auſser mehrern in Provinzial-Städten etab-

lirten Magazinen, auch das Eisen-Magazin in Havelberg.

Am 29. Mai 1780. wurde der Kaufmann Stammer in Havelberg zum Factor und Rendanten des dortigen Eisen- und Blech-Magazins bestellt; derselbe in der vom Berg- und Hütten-Departement ertheilten Instruction zugleich auf das Cassen-Edict vom 30. Mai 1769. verwiesen, und solcher zu dieser Qualität, auf Requisition der Berg- und Hütten-Administration unterm 27. Jun. ejusd. vom Magistrat zu Havelberg vereidet.

Der Kaufmann Stammer besaſs bereits ein in der Steinstrasse zu Havelberg belegenes Haus, und acquirirte hiernächst in den Jahren 1786. bis 1795. noch mehrere Häuser und Grundstücke. Er nahm auf solche verschiedene Capitalien auf, die vom 30. Oct. 1795. bis 21. April in das Hypothekenbuch eingetragen wurden.

Da sich kurz vor dem 24. April 1796. Unrichtigkeiten bei dessen Eisen-Niederlage und dazu gehöriger Casse äusserten: so ward am 24. April 1796. von Seiten des Haupt-Eisen Comtoir Recherche angestellt, wobei sich, und hiernächst bei dem Abschluſs vom 6. Oct. ejusd. a. ein Defect von 4152 Rtlr. 12 gr. 2 pf. ergab, welche das gedachte Comtoir am 15. Mai 1797. auf die Grundstücke des Kaufm. Stammer ein-

tragen liefs, nachdem bereits am 27. April 1796. auf desselben Instanz eine Protestation gegen weitere Eintragung registrirt worden war.

Am 29. Mai 1797. ward über des Kaufm. Stammer Vermögen Concurs eröffnet, und die Gläubiger wurden zur Liquidation aufgefordert. Das Haupt-Eisen Comtoir liquidirte diesen Defect der 4152 Rtlr. 12 gr. 2 pf. nebst Zinsen zu 5 Pro Cent und hiernächst in der Deduction,

> auf dem Grunde des Allgem. L. R. Th. II. Tit. 20. §. 418.

zu 6 Pro Cent, seit dem 24. April 1796. als dem Tage des Abschlusses bis zum 29. Jul. 1798. mit Vorbehalt der künftigen, und verlangte in Ansehung der aus den Immobilien zu lösenden Gelder die Ansetzung in der zweiten Klasse vor allen eingetragenen Gläubigern, und in Ansehung des Mobiliar-Vermögens in der dritten Klasse.

> weil ihm unbedenklich jura fisci zukämen, die auch noch von keinem Landes-Collegio in Zweifel gezogen wären, indem es sich allein damit beschäftigte, die aus dem Bergwerks-Regale genommenen und verarbeiteten Producte zur Erfüllung des Königl. Etats-Quanti ins Geld zu setzen, welches in die Königl. Staatskasse flöfse, auch der Cridarius als ihr Cassen-Bedienter angesehen werden müsse.

Die Eintragung einer Caution ins Hypothekenbuch, oder die Vermerkung der Qualität desselben sey nicht erforderlich gewesen, weil Stammer in der ihm vom Bergwerk- und Hütten-Departement ertheilten Instruction auf das Edict vom 30 May 1769. verwiesen; auch in der Instruction vom 7. Nov. 1772. verfügt sey, daſs die Haupt-Eisen-Factoreyen den Factoren ohne besondere Caution zur Berechnung übertragen werden sollten, daſs sie aber jederzeit mit ihrem ganzen Vermögen dafür einstehen müſsten.

Die Mitgläubiger und der Curator räumten zwar den liquidirten Defect als richtig ein, bestritten aber das Recht Zinsen fordern zu können,

weil das Eisen Comtoir nicht jura Fisci habe, indem ihm solche nicht durch ein ausdrückliches Gesetz oder Privilegium ertheilt seyn, — dasselbe auch weiter nichts sey, als eine für Rechnung des Staats arbeitende Fabrik- und Handlungs-Anstalt, deren Einnahmen in die Casse des Bergwerk-Departements flössen; — wenn es auch jura Fisci haben sollte, doch die gesetzlichen Vorschriften der Sicherheit nicht beobachtet wären; — die Verzinsung pro Fisco auch nur mit dem Tage der Litis-Contestation anheben könne, da das Comtoir niemals gegen den

Gemeinschuldner geklagt, und nicht eher als im Liquidations - Termine von seiner Forderung etwas gerichtlich geäussert hätte.

In dem am 28. Jun. 1799. eröfneten Prioritäts-Erkenntnisse wurde das Haupt - Eisen Comtoir mit dem liquidirten Defect auf die zur Masse gehörigen Grundstücke, nach der Zeit der geschehenen Eintragung, mithin hinter den übrigen Gläubigern in der dritten Klasse angesetzt, mit den geforderten Zinsen, und der verlangten Ansetzung in der zweiten Klasse aber abgewiesen;

a) weil der Gemeinschuldner kein königlicher Cassen-Rendant gewesen,

b) das Haupt-Eisen Comtoir nicht jura Fisci habe;

c) die im Edicte vom 8. Jan. 1785. ertheilten Vorschriften nicht befolgt habe, indem die behauptete Qualität des Gemeinschuldners als Königl. Cassen-Rendanten im Hypothekenbuche nicht notirt sey.

Das Haupt-Eisen Comtoir wandte gegen dieses Erkenntniſs die Appellation ein, im Beistande der Bergwerks- und Hütten- Administration als Intervenienten, weil derselben anfänglich die Anlegung der Königl. Provincial- Eisen- und Blech-Magazine beigelegt, und hiernächst nur der besondere Betrieb derselben dem Haupt - Eisen

Comtoir übertragen worden, — die Königl. Administration auch in dem Publicando vom 4. Nov. 1779. §. 4. ausdrücklich zur Haltung der nöthigen Eisen-Magazine angewiesen sey.

Sie setzten ihre Beschwerden darin,

dafs sie mit dem Defect der 4152 Rtlr. nicht in der zweiten Classe angesetzt, und ihnen nicht die verlangten 6 Pro Cent Zinsen zuerkannt worden.

Nachdem von beiden Seiten die Deductionsschriften eingereicht waren, ward am 13. Oct. 1800. folgendes Appellations-Erkenntnifs eröfnet.

Appellations Urtel.

In Appellationssachen des Königl. Haupt-Eisen Comtoirs Liquidanten, jetzt Appellanten, wider den Stammerschen Curatorem Concursus und Concreditores, Coliquidanten, jetzt Appellaten, imgleichen wider den Magistrat zu Havelberg und die Officianten der Bergwerks- und Hütten-Administration, Litis Denunciaten;

Erkennet der Königl. Ober-Appellationssenat des Kammergerichts hiemit für Recht:

Dafs Appellantisches Eisen-Comtoir mit dem liquidirten Defect der 4152 Rtlr. 12 gr. 2 pf. nebst 5 Pro Cent Zinsen vom 10 Sept. 1796. bis zum Tage des eröfneten Concurses nicht in Classe III.

hinter die zeitigen eingetragenen Gläubiger, sondern in Classe II. anzusetzen, und dieser Forderung alle nach dem Juni 1780. eingetragnen Gläubiger nachzusetzen, hiernach das Erkenntniſs vom 28. Jun. 1799. abzuändern, den Appellaten jedoch sowohl gegen die Magistrats-Mitglieder und die Erben der unterdessen abgegangnen Magistratspersonen, als gegen die dem Gemeinschuldner zunächst vorgesetzte Amtsbehörde wegen unterbliebener Eintragung des Cassen-Vorrechts auf die Grundstücke des Cridarii Competentia in Separato vorzubehalten, compensatis expensis.

V. R. W.

Gründe.

Die Stammersche Mitgläubiger bestreiten es vergebens, daſs dem Königl. Haupt-Eisen-Comtoir, als einer zum Hütten-Departement gehörigen Branche fiscalische Vorrechte zustehen. Alle Arten der Staats-Einkünfte, welche aus den nutzbaren Regalien und den Staats-Abgaben flieſsen, werden unter der Benennung des Fiscus begriffen und haben besondere Vorzugs-Rechte.

Allgem. L. R. Th. II. Tit. 14. §. 1.

Es ist eine königliche Factorey wovon die einkommenden Gelder zur Königl. Kasse fliessen, wobei der Gemeinschuldner als Factor und Ren-

dant seit dem May 1780. angestellt, und wovon ihm die Verwaltung und Rechnungsführung anvertraut war. Wenn also der Cridarius auch nicht als ein eigentlicher Königl. Kassen-Bedienter angesehen werden soll: so ist er doch dem Fiscus eben so verantwortlich und mit seinem Vermögen eben so vorzüglich verhaftet, als ein Pächter Königl. Domainen, der ebenfalls nicht unmittelbar königliche Gelder und Gefälle, sondern nur königliche Güter in Verwaltung hat, wovon die Revenüen zu einer königlichen Casse fliefsen, oder als jeder Andere, der mit dem Fiscus contrahirt und in Verbindung steht.

L. C. §. 45.

Fiscus hat schon nach gemeinen Rechten in bonis ante contractum quaesitis, aller derer, die mit ihm contrahirt haben ein jus pignoris; — in bonis postea quaesitis aber geht er allen ältern Creditoren seines Administratoris vor.

Strube Bedenken 37. 38. Th. I.

So auch nach den Landesgesetzen. Besonders ist in dem Edict vom 18. Januar 1785. wegen der Immobilien eines solchen fiscalischen Verwalters und Rechnungsführers festgesetzt, dafs zwar das fiscalische Vorrecht den ältern eingetragenen Gläubigern nicht nachtheilig seyn solle, so wie denjenigen nicht deren Forderungen schon eingetragen waren, ehe das Guth an den Kassenbedien-

ten oder Verwalter gelangt ist, dafs aber in Ansehung aller derjenigen Schulden, welche nach Uebernehmung seines Amts contrahirt worden, dem Fiscus sein bisheriges Vorrecht nach seinem ganzen Umfange ungeschmälert bleiben, und ein solcher Officiant nicht befugt seyn solle, zum Nachtheil dieses Vorrechts irgend einige Schulden oder andere Realverbindlichkeiten, nach der Zeit, da er das Amt übernommen, oder da er seinen Titulum Possessionis auf ein neu erworbenes Grundstück berichtigt hat, eintragen zu lassen, wenn nicht zuvor seine fiscalische Qualität und die daraus für den Fiscus entspringende Hypotheca tacita generalis in den Grundbüchern bemerkt worden. Diese Eintragung der fiscalischen Qualität ist zwar in dem vorliegenden Fall ganz unterblieben, und die Mitgläubiger, die überhaupt den Gemeinschuldner von dieser für sie gefährlichen Seite nicht gekannt haben, stehen allerdings mit ihren Realansprüchen zeitiger eingetragen, als das Liquidantische Comtoir. Allein alle zum Nachtheil des fiscalischen Rechts eingetragene Verpflichtungen sind aber dennoch nichtig und ungültig, selbst wenn die Ingrossation des fiscalischen Vorrechts durch Verschuldung der Hypotheken-Behörde, oder der dem fiscalischen Officianten vorgesetzten Behörde unterblieben ist,

§. 6. l. c. Allgem. L. R. l. c. §. 52. sequ.

und

und das fiscalische Vorzugsrecht oder locus in Classe II. kann daher dieser frühern Eintragung der Hypothekarischen Mitgläubiger ungeachtet, dem appellantischen Haupt-Eisen-Comtoir nicht abgesprochen werden.

Ob dem Magistrat zu Havelberg, welcher das Hypothekenbuch führt, oder auch der vorgesetzten Amts-Behörde des Cridarii wegen dieser bei Erwerbung der Grundstücke unterbliebenen Eintragung der fiscalischen Qualität des Besitzers mit rechtlichem Erfolge ein Vorwurf zu machen, und ob diese oder jene zur gesetzlichen Vertretung den dadurch Verlust leidenden hypothekarischen Gläubigern verpflichtet sind? ist eine Frage, die ad Separatum gehört. Den Coliquidanten können nur ihre Gerechtsame dieserhalb in Quantum de jure vorbehalten werden.

Edict vom 18. Jan. 1785. §. 8.

Allgem. L. R. Th. II. Tit. 20. §. 455.

Der Fiscus ist aber auch befugt Zinsen des liquidirten Defects zu fordern, selbst ohne Versprechen, ohne vorher gegangene Mahnung, ohne Bestimmung des Zahlungstages. Ihm müssen also von dem Tage an, da der Defect liquide war, Zinsen à 5 Pro Cent an eben dem Orte, wo er mit dem Capital angesetzt wird, bis zum

Tage des eröfneten Concursєs zuerkannt werden, weshalb wie geschehen zu erkennen gewesen.

v. Wickersloot.

Gegen dieses Erkenntniſs wandten sowohl die Gläubiger, als das Haupt-Eisen-Comtoir letzteres jedoch nur eventualiter, die Revision ein.

Nähere Rechtfertigung des Declarations-Gesuchs, oder der Revisions-Beschwerden wegen der Zinsen, während des Concurses, in Sachen des Officii Fisci, modo des Königl. Haupt-Eisen Comtoir, Revidenten und der Königl. Bergwerks- und Hütten-Administration, gleichfalls Revidenten und Intervenienten, wider den Stammerschen Curatorem Concursus und Concreditores, Revisen und Interventen.

Ob es gleich wegen des im Streit befangenen Zinsenpunkts zuvörderst Quaestio juris zu seyn scheint,

ob der Terminus ad quem desselben,

da aus dem Umstande, weil der gewesene Rendant Stammer schon anno 1780. die Rendantur bekommen, mithin zu damaliger

Zeit bereits im Cassenamte gewesen ist, die Hauptsache nach den ältern und damit übereinstimmenden neuen Gesetzen und in specie nach dem Edict vom 8. Jan. 1785. gerechtfertigt und entschieden werden,

1) entweder,

aus solcher frühern Handlung de anno 1780. woraus die Rechte pro Fisco in der Hauptsache nach dem Publications-Patente wegen des Allgemeinen Landrechts vom 5. Febr. 1794. §. 5. 10 und 15. entspringen,

oder

2)

von der Zeit an, als der Stammersche Cassendefect den 10. Sept. 1796. liquide war, mithin hier erst der Grund wegen der Zinsforderung eintrat,

zu beurtheilen und zu entscheiden?

So glauben die Revidenten doch, die Sache mag entweder nach den ältern oder neuern Gesetzen beurtheilt werden,

daſs der Terminus ad quam wegen der in Rede stehenden Zinsen pro Fisco bis zum Zahlungstage des Cassen-Defects rechtlich zu bestimmen sey.

Denn soll der Zinsenpunkt quaest. pendente concursu nach der angeführten

1ten Alternative, wie in der Hauptsache, nach den ältern Gesetzen entschieden werden: so giebt der §. 5. des Königl. Allerhöchsten Allgemeinen Cassen-Edicts vom 30. Mai 1769.

indem der gewesene Rendant Stammer auf dieses Edict auch expreſs mit verpflichtet worden, die desfalsige klare Disposition des Termini ad quem bis zum Zahlungs-Tage des Cassen-Defects,

wie in Sachen Fisci contra Bohlius nach den in drei Instanzen unterm 23. Mai 1793. 8. Oct. 1795. und 17. Dec. 1798. ergangenen gleichförmigen Erkenntnissen auch erkannt worden ist.

Soll aber der im Streit befangene Zinsen-Punkt, nach der erwehnten

2ten Alternative,

nehmlich von der Zeit an, als der Stammersche Cassendefect den 16. Septemb. 1796. liquide wurde,

beurtheilt und entschieden werden: so gebühren den Revidenten nach Maaſsgabe des Allgem. L. R. Th. II. Tit. 20. §. 418. sechs Pro Cent Zinsen von dem Cassendefect des Stammer, worauf auch in der diesseitigen Deduction erster Instanz angetragen worden ist.

In dieser gesetzlichen Disposition fehlt zwar eben so, wie in dem letzten neuesten Gesetze vom 28. Oct. 1799. welches von dem Herrn Ap-

pellations-Richter wegen Entscheidung der Zinsen in gegenwärtiger Sache pro Fisco angenommen worden, sowohl die Bestimmung des Termini a quo, als ad quem.

Allein, daſs diese Termine nicht anders rechtlich angenommen werden können, als solche §. 5. des angezognen Königl. Allerhöchsten Cassen-Edicts vom 30. Mai 1769. festgesetzt worden,

nehmlich vom Tage der Liquidestellung des Defects an, bis zum Tage dessen Erstattung,

solches muſs sich doch wohl ipso jure verstehen?

Womit auch die Allgem. Ger. Ordn.

Th. 1. Tit. 50. §. 492. n. I. §. 500 — 512.

wornach die Declaration des Appellations-Erkenntnisses vom 13. Oct. a. c. in Ansehung des qu. Zinsenpunkts, nachgesucht worden, in effectu übereinstimmt.

Denn daſs dem Fisco,

ohne Versprechen, ohne vorhergegangene Mahnung, und ohne Bestimmung des Zahltages von seinen Capital-Forderungen, Zinsen gebühren

wird gedachten Terminum a quo und ad quem doch auch wohl ipso jure in sich begreifen.

Wegen Unterstützung der erstern angeführ-

ten Alternative überreichen nun noch die Revidenten hiebei ganz ergebenst, zwei simpele Extracte aus der generalen Vestsetzung und den Entscheidungsgründen der allegirten beiden ersten Erkenntnisse in der angeführten fiscalischen Sache wider Bohlius vom 23. Mai 1793. und 8. Oct. 1795. wegen des Zinsen-Punkts, und stellen gleichmäſsig anheim, da nach der Allgem. Ger. Ordn. Th. 1. Tit. 15. §. 11. m. 1. et 2.

Die Mittel zur Ausführung der Gerechtsame auch noch in der letzten Instanz dem Geist und Zweck der Prozeſs-Ordnung gemäſs

angebracht werden können,

ob nicht entweder die Originalien oder vidimirte Abschriften von sothanen in Judicatis beruhenden Praejudiciis zur vollkommenen Glaubwürdigkeit derselben

von der Königl. Krieges- und Domainen-Kammer Justiz-Deputation zu Marienwerder um so mehr einzufordern, weil um Adhibirung oder den Gebrauch der Acten in obgedachter Sache gleich in dem ersten Appellations-Instructions-Termine d. 7. Dec. 1799. angetragen, mithin das zur Entscheidung beitragende factum der gegenwärtigen Sache wirklich zur Instruction worden, und weil der Zinsenpunkt in den, von derselben unterm 6. Febr. a. c. eingesandten und den jetzigen Revidenten mittelst Decreti vom

18. Mart. zugefügten Extracten aus solchen Erkenntnissen nicht enthalten ist.

Aus obangeführten triftigen Gründen, da entweder die eine oder die andere der zweien erwehnten Alternativen Statt findet, kann es gar keinem rechtlichen Zweifel ausgesetzt seyn, daſs in der vorliegenden Sache, auch die Zinsen während des Concurses dem Fisco gebühren, woher Revidenten denn mit ernster Zuversicht hoffen, daſs ihnen selbige von dem Defects-Liquido der 4152 Rtlr. 12 gr. 2 pf. von solcher Zeit in Revisorio allergerechtst werden zuerkannt folglich dahin in diesem Punkte das angezogene Appellations-Erkenntniſs werde abgeändert werden.

Berlin d. 9. Dec. 1800.

Königl. Preuſs. Bergwerks- und Hütten-Administration, und Königl. Preuſs. Haupt-Eisen-Comtoir.

Gegen-Ausführung der Gerechtsame der Stammerschen Creditoren dritter Classe in Revisorio, in Sachen des Haupt-Eisen Comtoirs Coliquidanten, Appellanten, jetzt Revidenten, wider sie, Appellaten, jetzt Revisen.

Das Haupt-Eisen Comtoir hat sich nicht

einmal bei dem Appellations-Erkenntnisse vom 13. Oct. a. p. nach welchem dasselbe mit dem liquidirten Defect der 4152 Rtlr. 12 gr. 2 pf. in classe secunda vor alten eingetragenen Creditoren der dritten Classe locirt worden, beruhigt. sondern noch die Revisionsbeschwerde formirt:

> dafs ihm die Zinsen von diesem Defect nicht bis zur künftigen Distribution, folglich nicht durante concurses zuerkannt worden.

Die Unstatthaftigkeit dieses Antrags, welcher, wie sich von selbst versteht, erst alsdann Rücksicht verdient, wenn auf die diesseits interponirte Revision nicht Sententia primae Instantiae wieder hergestellt werden sollte, läfst sich aber aus den ganz deutlichen Vorschriften der Allgem. Ger. Ordn. sehr leicht deduciren. Das heifst es,

Th. 1. Tit 50. §. 150.

> Durch die Eröfnung des Concurses wird der Zinsenlauf in Ansehung aller übrigen Forderungen, ohne Unterschied, gehemmt und unterbrochen.
>
> Nur allein diejenigen Gläubiger, welche ein bewegliches Unterpfand in Händen haben; und diejenigen, deren Forderungen auf ein unbewegliches Grundstück im Hypothekenbuche eingetragen sind, werden hievon ausgenommen.

Könnte man also auch annehmen, dafs das Haupt-

Eisen-Comtoir fiscalische Rechte habe, daſs es bei der Verpflichtung des Stammer nicht in culpa versirte und folglich in Classe II. da zu lociren sey: so würde es doch als wirklich im Hypothekenbuch eingetragener Creditor vor den Liquidanten in Absicht der currenten Zinsen kein Vorzugsrecht haben, da diese mit ihren Forderungen vor den Coliquidanten intabulirt sind, und die Vertheilung der Revenüen aus der Immobiliar-Masse nach der Ordnung der ingrossirten Creditoren geschehen muſs.

Das Haupt-Eisen-Comtoir kann daher auf die Revenüen oder Zinsen nicht eher Anspruch machen, als bis alle vor ihm eingetragene Creditoren wegen der zu fordern habenden Zinsen befriedigt sind, und hat aus keinem andern Grunde, als wegen der Ingrossation ein Recht, auf Zinsen während des Concurses Anspruch zu machen.

Nirgends ist es vorgeschrieben, daſs andere als Pfand- oder Realgläubiger durante concursu Zinsen erhalten sollen, und eine ausdehnende Erklärung ist also hier um so weniger erlaubt, als Privilegia strictissime interpretirt werden müssen. Ja selbst die von dem gegenseitigen Deducenten allegirten Vorschriften der Gerichts-Ordnung, auf welche es hier allein ankommt, sprechen wider den Antrag der Coliquidanten. Im

§. 492. am angeführten Orte der Gerichts-Ordnung wird Nro. I. der §. 393. benannten Gläubiger bloſs generaliter wegen ihres Rechts auf die Immobiliar-Masse, der Gläubiger der dritten Classe Nro. II. aber wegen ihrer eingetragenen Capitalien und der während des Concurses fortlaufenden Zinsen gedacht.

Eben so heiſst es im §. 499., daſs die Vertheilung der Zinsen, welche die eingetragenen Glaubiger für das Wirthschafts-Jahr zu fordern haben, blos an diese Creditores geschehen soll, und §. 500. wird ausdrücklich bestimmt, daſs die Creditores der zweiten Classe an der Distribution der Einkünfte keinen Theil nehmen können.

So wird ferner §. 512. zwischen den Gläubigern der zweiten und den eingetragenen Gläubigern der dritten Classe wegen der currenten Zinsen während des Concurses sehr sorgfältig distinguirt. Den ersteren sind in der Concursordnung an keinem Orte currente Zinsen angewiesen, die sie also auch bei der ganz bestimmten Verordnung des §. 152. durchaus nicht erhalten können.

Liquidanten sehen nicht ein, worauf die Disposition des Cassen-Edicts vom 30. Mai 1769. hier weiter führen soll. Dort ist zwar der Verzinsung des ausgemittelten Defets bis zum Zah-

lungstage gedacht; in dem vorliegenden Falle ist aber von einer fortlaufenden Verzinsung des ausgemittelten Defects die Rede, welchen Coliquidanten vor den eingetragenen Creditoren der dritten Classe fordern. Das gedachte Edict macht hierunter daher keinen Unterschied, da allein die Gerichts-Ordnung Sedes materiae ist.

Wäre es den Liquidanten nicht ganz gleichgültig, ob das Haupt-Eisen-Comtoir Zinsen verlangen könne oder nicht und von und bis zu welchem Tage sie gefordert werden können, wenn sie nur vor demselben nach der in der Hauptsache interponirten Revision befriedigt werden: so würde es besonders noch zweifelhaft seyn, ob nicht durch die Vorschrift des Allgem. L. R.

Th. I. Tit. 16. §§. 66. und 71.

die Verordnung des Cassen-Edicts aufgehoben worden.

Endlich ist noch zu bemerken,

1) daſs das Haupt-Eisen-Comtoir ursprünglich nur Zinsen bis zur Liquidation des Defects gefordert hat,

S. Protocol. vom 16. Jul. 1798.

und

2) es bisher noch gar nicht zur Entscheidung gebracht hat, ob die Forderung der Zinsen durante concursu Statt haben könne?

Ein solcher in Revisorio erst angebrachte und resp. veränderte Antrag muſs daher eben so gewiſs verworfen werden, als die Liquidanten sich nicht für schuldig halten, die mit der Revisions-Deduction vom 9. Dec. a. p. eingereichte Abschrift des Broliussischen Erkenntnisses, welches als res inter alios acta überdieſs nichts relevirt, für richtig anzuerkennen.

Die Liquidanten bitten aus diesen Gründen:

das Appellations-Erkenntniſs vom 13. Oct. pr. in Absicht des von dem Gegentheil interponirten Remedii lediglich zu bestätigen und demselben die Kosten der dritten Instanz aufzuerlegen.

Berlin d. 7. Jan. 1801.

Nobiling.

Rechtliche Ausführung dritter Instanz in der Concurssache des Kaufmanns Friedrich Eberhard Stammer für die Stammerschen Gläubiger, Liquidanten jetzt Revidenten, wider das Königl. Haupt-Eisen-Comtoir und die Königl. Bergwerks- und Hütten-Administration Coliquidanten, Revisen und respective Intervenienten.

Wenn gleich bei dieser Rechtssache unter

beiden Theilen in facto nichts Wesentliches streitig geblieben ist; so hält doch der Deducent für nöthig, hier eine actenmäſsige Speciem facti in gedrengter Kürze voranzuschicken, um den erleuchteten Revisions-Richter in den Stand zu setzen, mit einem Blicke die ganze Lage der Sache zu übersehn, und bemerkt demnach folgendes.

Nachdem die Benutzung des Bergwerks-Regals zuerst der Kriegs- und Domainen-Kammer unter der Direction eines hohen General-Directorii anvertraut worden, errichteten des Königs Majestät im Jahre 1768. ein besonderes Bergwerks- und Hütten-Departement, so wie fast zu gleicher Zeit das Forst-Departement, um diese beiden, solchergestalt vom General-Directorio abgesonderten Branchen der Staats-Einkünfte durch nutzbare Regalien desto besser zu benutzen.

In Ansehung der Bergwerke ward kurz darauf die Eintheilung in vier Haupt-Districte eingeführt und für den ersten, welcher die Kur- und Neumark, Pommern, auch Ost- und Westpreuſsen in sich begreift, eine besondere Bergwerks- und Hütten-Administration allhier in Berlin angeordnet.

Von dieser ward im Jahr 1780. hieselbst

das Haupt-Eisen-Comtoir etablirt und unter demselben mehrere Theils Haupt-Theils Neben-Eisen-und Stein-Kohlen-Magazine angelegt. Ein dergleichen Neben-Eisen-Magazin befindet sich unter andern in Havelberg, bei welchem der jetzige Cridarius, der Kaufmann Stammer am 29. Mai 1780. zum Distributeur ohne Caution bestellt, vom Bergwerks- und Hütten-Departement unter Hinweisung auf das Edict vom 30. Mai 1769. mit Instruction versehen und auf dessen Requisition durch den Magistrat zu Havelberg dahin vereidigt ward:

> daſs er das Allerhöchste Interesse befördern und die ihm zugefertigten Instructionen sowohl, als die Befehle des Bergwerks- und Hütten-Departements, der Bergwerks- und Hütten-Administration und des Haupt-Eisen-Comtoirs treulich befolgen wollte.

Obgleich der Kaufmann Stammer schon zur Zeit, da ihm dieses Geschäft übertragen ward, in Havelberg in der Steinstraſse ein Grundstück besaſs, auch dergleichen in der Folge noch mehrere acquirirte, und darauf am 30. Oct. 1795. bis 21. Apris 1796. mehrere Capitalien Hypothekarisch versichern lieſs: so ward doch weder zur Zeit seiner Anstellung, noch auch nachher diese mit ihm vorgefallene Veränderung in dem Hypothekenbuche auf seine Grundstücke vermerkt,

bis endlich bei entdecktem Defect das Haupt-Eisen-Comtoir zuerst am 21. April 1796. eine Protestation de non ulterius oppignorando und hiernächst am 15. Mai 1797. den Defect selbst mit 4152 Rltr. 12 gr. 2 pf. eintragen liefs.

Als darauf am 29. Mai 1797. über des Stammers Vermögen Concurs eröfnet ward, liquidirte das gedachte Eisen-Comtoir bei seiner Masse jenen Defect deductis deducendis und verlangte mit demselben nebst Zinsen davon à 6 Pro Cent seit dem 29. April 1796. bis zur Zahlung, die Ansetzung in der zweiten Classe als Fiscus, folglich das Vorzugs-Recht vor sämmtlichen ingrossirten Gläubigern. Diese so wie der Contradictor räumten zwar den Defect ein, bestritten aber sowohl den Terminum ad quem und die Höhe der Zinsen, als auch besonders den praetendirten locum und das vor ihnen verlangte Vorzugsrecht, worauf in der vom Magistrat zu Havelberg abgefafsten Praeclusoria de Publ. de 28. Jun. 1799. das liquidantische Haupt-Eisen-Comtoir in Classe III. sub Nro. 6. folglich hinter die übrigen Gläubiger nach der Zeit der Eintragung locirt, mit den Zinsen aber, so wie mit der verlangten Ansetzung in der zweiten Classe abgewiesen ward.

Gegen dieses Erkenntnifs wandte dasselbe das Remedium Appellationis ein, und brachte noch

mehrere Nova zu dessen Unterstützung an, nach deren erfolgten Instruction und eingegangenen Deduction von dem Ober-Appellations-Senat des Kammergerichts das am 13. Oct. c. publicirte Erkenntniſs dahin abgefaſst ward;

daſs appellantisches Eisen-Comtoir mit dem liquidirten Defect der 4152 Rtlr. 12 gr. 2 pf. nebst 5 Pro Cent Zinsen vom 10. Sept. 1796. bis zum Tage des eröfneten Concurses nicht in Classe III. hinter die zeitigen eingetragenen Gläubiger, sondern in Classe II. anzusetzen und dieser Forderung alle nach dem Juni 1780. eingetragene Gläubiger nachzusetzen, hiernach das Erkenntniſs vom 28. Jun. 1799. abzuändern, den Appellanten jedoch sowohl gegen die Magistrats-Mitglieder und die Erben der unterdessen abgegangener Magistrats-Personen, als gegen die dem Gemeinschuldner zunächst vorgesetzte Amts-Behörde wegen unterbliebener Eintragung des Cassen-Vorrechts auf die Grundstücke des Cridarii, Competentia in Separato vorzubehalten, compensatis expensis.

Bei diesem Erkenntnisse können sich die Coliquidanten nicht beruhigen, sie finden sich vielmehr dadurch um deshalb beschwert,

weil das Erkenntniſs erster Instanz nicht mit Verurtheilung des Comtoirs in die

Kosten

Kosten der Appellations - Instanz pure bestätigt, sondern dahin abgeändert worden, daſs das appellantische Comtoir mit Capital und Zinsen in Classe II. anzusetzen und dieser Forderung alle nach dem Jun. 1780. eingetragene Gläubiger nachzusetzen, compensatis expensis,

und haben bereits innerhalb des per Decretum vom 23. Oct. c. bestimmten Fatalis, folglich tempestive das Remedium Revisionis eingewandt, welchem auch per Decretum vom 30. ejusd. deferirt worden, weshalb der Antrag

Formalia Revisionis für richtig anzunehmen,

keiner weitern Rechtfertigung bedarf, vielmehr Deducent sogleich zur Sache selbst übergeht.

In derselben ergiebt der flüchtigste Blick schon hinlänglich, daſs sie lediglich auf der Frage beruht.

Was ist das Haupt - Eisen - Comtoir als die nächste vorgesetzte Behörde des Cridarii? woraus denn die Entscheidung der fernern Fragen, worauf judex primae justantiae ganz richtig seine Ausführung gegründet hat, eben so von selbst folgt, als die Bestimmung des beiden Theilen gebührenden Loci, weshalb Deducent nach Beantwortung jener ersten Frage, zu denen im er-

sten Erkenntnisse aufgestellten drei Fragen übergehen wird.

1) War der Cridarius ein königl. Kassen-Rendant?

2) Hat das Eisen-Comtoir jura Fisci?

3) Hat es in casu quod sic, die in den Gesetzen zu dessen Conservation erforderten Bestimmungen beobachtet?

Bei der Untersuchung der Qualität des Haupt-Eisen-Comtoirs zeigt schon das, was Eingangs von dessen Entstehung actenmäſsig bemerkr worden, eben sowohl als der Nahme selbst, daſs es nichts weiter als eine dem Staat zugehörige Handlungs-Anstalt ist.

Es ward von dem Bergwerks- und Hütten-Departement, oder vielmehr von der Berg- und Hütten-Administration, als der nächsten vorgesetzten Behörde blos dazu etablirt, um den Debit des Eisens und der Steinkohlen zu vergrössern, nicht um den Bergbau selbst zu treiben. Beides aber ist wesentlich von einander unterschieden. So wenig es den Revidenten je eingefallen ist, noch einfallen wird, dem Bergbau die Qualität eines dem Staate gebührenden nutzbaren Regals zu bestreiten, so wenig sie auch dem zufolge nach Vorschrift des Allgem. Land-Rechts

Th. II. Tit. 14. §. 1.

den aus dieser Benutzung hervorgehenden Staats-Einkünften die Benennung des Fiscus streitig machen; — eben so wenig können sie diese Benennung und die daraus fliefsenden Rechte einer Anstalt zugestehen, welche von einer Unterbehörde des dem Bergbau vorgesetzten Departements blos dazu errichtet wurde, um mit den, nicht aus dem Bergwerke gezogenen Producten unmittelbar, also nicht selbst erzeugten, sondern mit diesen durch förmliche kunstmäfsige Bearbeitung veredelten Erzeugnissen, wirklichen Handel und Wandel zu treiben. Diefs aber thut das Eisen-Comtoir, wie es notorisch ist. Seine Bestimmung ist blofs, nicht das Metall, so wie es aus der Schacht kommt, sondern die daraus (nicht durch blofse Landwirthschaftliche Mittel) gebildeten Erzeugnisse abzusetzen, wie diefs das von den Gegnern selbst angeführte Publicandum vom 4. Nov. 1779. §. 4. ganz ausdrücklich sagt, wenn darinn mit bestimmten Worten der Bergwerks- und Hütten-Administration der Handel en gros exclusive zugestanden und ihr zur Pflicht gemacht wird, die Kauflustigen prompt und gut zu bedienen.

Dem zufolge ist das Haupt-Eisen-Comtoir als Kaufmann zu betrachten, da das Allgem. L. R. Th. II. Tit. 8. §. 475. die hier völlig passende Definition eines Kaufmanns dahin giebt, dafs

es der sey, welcher, wie hier das Haupt-Eisen-Comtoir, mit Waaren, dem zubereiteten Eisen, sein Hauptgeschäft treibt, und macht es hierbei keinen Unterschied, daſs die Waare, womit sich dasselbe beschäftigt, aus der Benutzung des Bergbaues, als eines Regals erzeugt wird.

Die in dem allegirten Landrechte an den angeführten Orten deutlich bestimmten Begriffe des Fiscus und eines Kaufmanns ergeben bei ihrer genauen Gegeneinanderstellung zur Beantwortung der hier einschlagenden, mit deutlichen Worten in den Gesetzen nicht bestimmten Frage;

wenn und wodurch sich die Benutzung der Regalien in eine Handlungs-Anstalt verwandelt?

das Resultat dahin, daſs dieses stets alsdann geschieht, wenn die Natur-Producte, welche der Gegenstand des Regals sind, für Rechnung des Fiscus durch kunstmäſsige Bearbeitung, folglich nicht durch bloſse landwirthschaftliche Mittel, so veredelt werden, daſs sie als gewöhnliche Waaren-Artikel im Handel angesehen und für dessen Rechnung verkauft, noch mehr aber, wenn diese Veredlung so weit getrieben wird, daſs die daraus entstehenden zu verkaufenden Waaren, so fort, wie sie der Käufer erhält, gebraucht werden können. Beides ist der Fall bei dem Eisen-Comtoir und dem von demselben unter an-

dern zu Havelberg etablirten Neben-Eisen-Magazine, dessen Vorsteher der Cridarius war, wie es nicht nur in Notorietate beruht, sondern auch durch die von den Gegnern selbst zum Erweise der liquidirten Defecte zu den Acten gebrachte Designation constatirt wird, in welchem der Anblick der Rubriken, worunter diese Defecte gebracht worden, ergiebt, daſs unter denen von dem Cridario für das Haupt-Eisen Comtoir abgesetzten Waaren sich sogar eiserne Töpfe, Rad-Nägel und alle Arten Bleche befinden, — der von den Gegnern recognoscirten Briefen nicht zu gedenken, nach welchen das Comtoir von dem Doctor Freier die Bestellung eines gegossenen Ofens nicht nur annahm, sondern auch einen vorräthigen ähnlichen mit Heruntersetzung des Preises, so wie jeder andere Kaufmann anprieſs, — deren Folgen es vergebens durch die dem Inhalte ganz widersprechende Auslegung zu elidiren sucht, daſs dieſs blos eine höfliche Belehrung gewesen.

Wenn aber das Haupt-Eisen-Comtoir oder vielmehr die Bergwerks- und Hütten-Administration, wie am Ende der Dednction erster Instanz bereits angeführt ist, hiemit nicht zufrieden, notorisch die Kupfer- und Messing-Werke zu Neustadt-Eberswalde, welche vor dessen Errichtung ein Privat-Unternehmen des Splittge-

berschen Handlungs-Hauses waren, — demselben nicht nur abnahm und dieſs bürgerliche Gewerbe für eigne Rechnung fortsetzte, sondern auch seines Nutzens wegen, altes Kupfer, Messing, und Eisen aufkaufen läſst, um es mit den Bergwerks-Producten verarbeiten zu lassen und hiernächst als Neu in und ausser Landes wieder zu verkaufen; — wem kann denn noch ein Zweifel übrig bleiben, daſs das Comtoir und die Administration bloſse Handlungs-Institute des Staats sind, die von ihm zu vortheilhafterer Benutzung des Bergwerks-Regals etablirt worden; — eine Behauptung, welche auch schon durch den Nahmen Administration und Comtoir erwiesen wird, da diese, blos kaufmännische Benennungen, offenbar keine königliche Kasse bezeichnen.

Aus dieser Würdigung der Hütten- und Bergwerks-Administration und des Haupt-Eisen-Comtoirs erledigt sich die vorher sub Nro. 2. aufgeworfene Frage:

ob demselben jura Fisci zustehen?

zu welcher Deducent des Zusammenhangs wegen, jetzt so fort übergeht, von selbst, und zwar verneinend.

In der Natur derselben liegen diese Vorrechte nicht: denn einer kaufmännischen Anstalt sind sie in keinem Gesetze allgemein beigelegt, auch

denen des Staats nicht anders, als wenn diefs ausdrücklich geschehen ist, wie diefs

die §. §. 72 und 76. Th. II. Tit. 14. des Allgem. L. R.

ganz bestimmt verordnen, wenn es im ersteren heifst:

> Die Banque und andere dem Staate gehörige Handlungs-Anstalten geniefsen die fiscalischen Rechte nur in so weit, als ihnen dieselben durch ein besonders Privilegium ausdrücklich beigelegt worden;

und im letzteren,

> bei dem Gebrauche der Benutzung und Verwaltung der Regalien kommen dem Staate der Regel nach nur eben die Rechte zu, wie einem jeden Privat-Eigenthümer.

Ein ausdrückliches Privilegium der Art haben aber die Revisen nach ihrem wiederholten Eingeständnisse nicht, und sie müssen sich daher jura Privatorum gefallen lassen, da sie nicht, wie die Haupt-Nutz-Holz-Administration, welche fast zu gleicher Zeit von dem General-Directorium, worunter sie des von den Revisen irrig behaupteten Gegentheils ohnerachtet, notorisch vorher ebenfalls stand, getrennt und zu einem selbstständigen Collegium gemacht ward, welches mit der Bergwerks-Administration einen ähn-

lichen Zweck, die Benutzung des Forstregals hatte, sich dergleichen Privilegium ausdrücklich ertheilen liefs, auch aus der deutlichen Vorschrift der Allgem. Gerichts - Ordnung, Th. 1. Tit. 50. ç. 361. worin es heifst:

Die Banque, Seehandlungsgesellschaft, Haupt-Nutzholz und Brennholz - Administration, so wie andere Anstalten, welchen fiscalische Rechte ausdrücklich beigelegt sind, haben sich dieses Vorzuges in dem Vermögen ihrer Kassen - Bedienten ebenfalls zu erfreuen,

in Verbindung mit §. 488. l. c. worin ausdrücklich festgesetzt wird, dafs die in der vorstehenden Classifications - Ordnung bestimmten Vorrechte nur denjenigen Forderungen, welchen sie ausdrücklich beigelegt sind, zu Statten kommen, auf andere blos ähnliche aber nicht ausgedehnt werden sollen, — unwidersprechlich folgt, Theils, dafs die Revisen nichts als eine kaufmännische Anstalt sind, Theils, dafs sie die ihnen geständlich nicht ausdrücklich beigelegten jura Fisci sich auch um deshalb nicht anmaafsen können.

Ebenmäfsig ergiebt sich aus diesen wichtigen und unwiderleglichen Prämissen die Beantwortung der ersten Frage,

ob Cridarius als ein wirklicher Königlicher Kassen-Rendant anzusehen sey?

verneinend.

Denn wenn gleich die Revidenten zugeben, daſs die von dem Cridarius eingenommene Lösung der ihm von dem Haupt-Eisen-Comtoir zum Verkauf anvertrauten Waaren zuletzt zu den Einkünften des Staats flieſst: so folgt doch nach dem richtigen Raisonnement des judicis primae instantiae seine Qualität als Königl. Kassen-Rendant hieraus im geringsten nicht.

Er war bles von dem Haupt-Eisen-Comtoir oder dessen vorgesetzter Behörde angeordnet; — blos ein Factor oder Commissarius dieses Handlungs-Instituts, und der Umstand, daſs die durch seine kaufmännischen Geschäfte einkommende Gelder am Ende zu einer Königlicheo Kasse flieſsen, giebt weder der seinen noch der Kasse seiner Constituenten ein grösseres, das ihnen übrigens nach der obigen Ausführung nicht zustehende Vorrecht des Fisci, wie dieſs das Allgemeine Landrecht §. 73. Th. II. Tit. 14. mit dürren Worten besagt, und wobei sich Deducent auf den vorherbemerkten Unterschied zwischen dem Bergwerks-Regal und den zu dessen besserer Benutzung vom Staate getroffenen kaufmännischen Anstalten bezieht.

Dem Cridario war nie eine königl. Kasse

anvertraut, wenigstens haben die Revisen die ihnen von den Revidenten vorgelegten Fragen, wenn, oder unter welchem Namen dieſs geschehen seyn sollte, — wo Cridarius diese Kasse aufbewahrt, — nirgend beantwortet. Er war und blieb auch nach dem ihm ertheilten Auftrage, ein Kaufmann; er erhielt nie ein Gehalt, sondern nur eine Tantieme oder Provision für die Bemühung des Verkaufs und verwahrte die ihm in Commission gegebene Waaren in seiner eigenen Privat-Kasss. Daſs ihm von den Revisen der Name Rendant beigelegt und sogar als solcher vereidet worden, kann nach bekannten Rechtsgrundsätzen den Rechten und Verhältnissen eines dritten hiebei nicht zugezogenen, — davon gar nicht unterrichteten Gläubigers, dergleichen die Revidenten sind, im Geringsten nicht praejudiciren; wobei Revidenten, wenn ein erleucteter Revisionsrichter diese Angabe bezweifeln sollte, abermals, wie schon im Protocoll vom 14. Febr. c. geschehen, auf Edition der über die Ansetzung des Stammer verhandelten Acten der Bergwerks- und Hütten-Administration mit dem Antrage provociren müssen, diese annoch vor Abfassung des Erkenntnisses einzufordern.

Dieſs vorausgesetzt, können die Revidenten gern zugeben, wie es bekannt ist, daſs dem Königlichen Fisco in dem Vermögen seiner Kassen-

Officianten ein Vorzugsrecht zustehe, da dieſs wirklich in der Hypotheken - Ordnung vom 4. Eebr. 1722. §. 135. verbis.

So dann (in Classe I.) Unser Fiscus mit dem, was Unsere Cassen - Administratores auch andere Bediente, so einige Unserer Geld - Einnahmen haben, schuldig bleiben, vermöge Edicts vom 9. Nov. 1713.

Myl. Corp. Constit. March. Th. II. Abth. II. n. 39. pag. 105.

in dem Edict vom 3. Aug. 1769. §. 2. mit den Worten,

nicht weniger steht auch Unserem Fisco in dem ganzen Vermögen Unserer Cassen - Rendanten, Cassen - Administratoren und anderer Cassen - Bedienten das Vorzugsrecht vor allen und jeden Gläubigern zu;

in dem Edict vom 8. Jan. 1783. §. 1 bis 19. in dem Allgem. L. R. Th. II. Tit. 14. §. 45. bis 79. in der Allgem. Ger. Ordn. Th. I. Tit. 50. §. 356 bis 360. und in mehrern anderen von den Gegnern mit gröſsestem Fleiſs allegirten Verordnungen — begründet ist, da alle diese gesetzlichen Vorschriften im gegenwärtigen Falle gar nicht anwendbar sind, indem nach den obigen Ausführungen weder den Revisen jura Fisci zustehen, noch der Cridarius als ein Königlicher Kassenbedienter anzusehen ist, sondern vielmehr

höchstens als ein solcher Privatus betrachtet werden kann, der ein Finanz- oder Kassengeschäft blos als einen besondern und ausserordentlichen Auftrag übernommen hat, gegen welchen daher selbst dem Fisco nach ausdrücklicher Verordnung des

Allg. L. R. Th. II. Tit. 19. §. 60.

nur das Vorrecht der vierten Klasse gebührt.

Sie können diesen bekannten Rechtssatz um so mehr einräumen, als hier eigentlich nur von dem Vorzugsrecht des Fisci gegen die vor ihm eingetragenen hypothekarischen Gläubiger die Rede seyn kann. Dieſs aber müssen die Revidenten dem Fisco selbst, folglich noch mehr den Revisen, denen diese Rechte nicht zustehen, bestreiten, da in sämmtlichen von diesen allegierten und vorhandenen Gesetzen, Theils dieſs nicht ausdrücklich bestimmt, Theils diejenigen, wo dieſs geschehen ist, durch spätere Gesetze aufgehoben sind, nach dem bekannten Rechtssatz Lex posterior derogat priori.

So sagt schon das von den Gegnern selbst angezogene Edict vom 3. Aug. 1769. daſs es die allerhöchste Willensmeinung des Gesetzgebers in den glücklichen Preuſsischen Staaten nicht sey, daſs den Gläubigern, welche bei Darleihung ihrer Capitalien alle mögliche Vorsicht gebraucht und dem öffentlichen Glauben der Hypotheken-

bücher getrauet, ihre verhoffte Sicherheit durch den landesherrlichen Fiscum geschmälert werde und modificirt daher im §. 3 und 4, dessen Rechte mit Bezug auf das Reglement vom 19. Jun. 1749. in Ansehung der Domänen-Pächter und Beamten sowohl, als in Ansehung der von königlichen Geldern geleisteten Vorschüsse an Entrepreneurs und Fabrikanten.

Eben diese erhabene Intention äussert der allerhöchste Gesetzgeber in dem Circulare vom 31. Mart. und 13. April 1772. worinn er zugleich die Pflichten der fiskalischen und hypotheken-buchführenden Behörde zur Verhütung dieses Uebels festsetzt, — Bestimmungen, von welchem weiter unten ein Mehreres erwehnt werden soll.

Der gerechte Landesherr ging sogar noch weiter und hob zuerst in dem

Patent vam 18. Aug. 1777.

in Ansehung der Kur- Neu- Märkischen Ritter-güther, hiernächst aber in dem

Patent vom 13 Mai 1781.

allen Vorzug der stillschweigenden Hypotheken, nahmentlich auch den des Fisci gänzlich mit der Festsetzung auf, daſs allein das Datum der Eintragung des Rechts oder der Forderung im Hypothekenbuche den jeder hypothekarischen Forderung anzuweisenden Platz bestimmen sollte, — Fiscus aber und die königlichen Kassen den

frühern eingetragenen Hypothecariis nachstehen müsse.

Dem widerspricht des gegenseits angezogne Patent vom 8. Jan. 1785. da dieſs gar keine neue Bestimmungen enthält, so wenig, als vielmehr die Hypotheken-Ordnung vom 20. Dec. 1783. §. 103. ganz bestimmt denjenigen, der mit Sicherheit auf ein Immobile Darlehne machen will, anweiset, sich nur um die Richtigkeit und Zuverlässigkeit des Tituli Possessionis des Besitzers zu bekümmern, und das Versprechen hinzufügt, daſs wenn dieser, wie im gegenwärtigen Falle unbezweifelt sicher gestellt ist, ein solcher Darleiher nicht zu besorgen hat, daſs seiner eingetragenen, uneingetragnen Forderungen jemals werden vorgezogen werden; und endlich verordnet das Allgem. Landrecht als das neueste Gesetz, welches folglich alle ältere etwa entgegenstehende aufhebt, und hier völlig anwendbar ist,

Th. II. Tit. 14. §. 50. 51.

ganz bestimmt,

> daſs auſser dem Vindicanten auch diejenigen Privatgläubiger dem Fisco vorgehen, welche durch gültige Verpfändung beweglicher, oder durch dergleichen Eintragung auf unbewegliche Vermögensstücke ein dingliches Recht erlangt haben,

und

> daſs bei Beurtheilung dieser Gültigkeit die Vorschriften der allgemeinen Gerichts-Ordnung, betreffend die Befugniſs des Cridarii, über sein Vermägen zu disponiren, zum Grunde gelegt werden sollen,

wobei es ohne weitere Ausführung in die Augen fällt, daſs nach diesen Grundsätzen die Eintragung der hypothekarischen Privat-Gläubiger, in Ansehung deren eine Collision weder gegenseits behauptet, noch vorhanden, in casu eben so gültig ist, als die auf Instanz des Fisci erfolgte Eintragung seiner Forderung innerhalb der im Publications-Patent vom 5. Febr. 1794. §. 16. bestimmten dreijährigen Frist daſs aber, Theils wegen des schon damals vorhandenen Concursus materialis des Cridarii an sich nach den Grundsätzen der Allgem. Ger. Ordnung eine solche Eintragung ungültig ist, — Theils wenn auch dieſs nicht wäre, doch nur das hypothekarische Recht nach dem Datum der Eintragung, also nach sämmtlichen vorher eingetragenen Gläubigern zu bewirken im Stande ist.

Wenn man indessen auch aller dieser triftigen Gründe ohnerachtet, annehmen könnte, wie jedoch diesseits nicht zugegeben wird, daſs Theils dem Fisco überhaupt in dem Vermögen seiner Kassen-Rendanten das Vorrecht der zweiten Klasse

vor allen früher, jedoch zu der Zeit, da der Rendant schon als solcher das Grundstück besafs, eingetragenen Gläubiger wirklich gebühre, — dafs eben dieses Vorrecht den Revisen zustehe, und dafs der Cridarius wirklich für einen Königlichen Kassen-Rendanten zu achten sey: — so haben diese sich dennoch dieses vermeintlichen Vorrechts durch die nicht geschehene Befolgung der deshalb gegebenen gesetzlichen Vorschriften dergestalt verlustig gemacht, dafs solches schon um deshalb in casu ihnen nicht zugesprochen werden kann, sondern nur der Regrefs gegen die ihnen vorgesetzten Behörden zu reserviren ist.

Das Circulare vom 31. Mart. 1772. sowohl, als das sich darauf beziehende Rescript vom 13. April 1772. verordnen nehmlich ganz bestimmt, mit der deutlichen Aeusserung, dafs durch die bisher dem Fisco gegebenen Vorrechte der Glaube der Hypothekenbücher und das Interesse der dem Gesetz folgenden Unterthanen nicht gefährdet werde, so wie, dafs die Behörde durch die bei Annahme eines Kassen-Bedienten oder Beamten ihr obliegende genaue Untersuchung seiner Vermögens-Umstande nothwendig von den in seinem Besitze etwa befindlichen Immobilien unterrichtet seyn müsse, die Behörde solle dem judicio rei sitae sogleich als der Bediente oder Päch-

Pächter angenommen worden, mit genauer Benennung dieser Zeit die Bestallungen und Contracte anzeigen, und diefs wegen der schon angestellten binnen vier Wochen gleichfalls bewirken, und die Realgerichte den vorher eingetragenen Gläubigern dieser Subjecte mit Anzeige des gesetzlichen Erfolges von Amtswegen Eröffnung thun, auch die deshalb erhaltene Anzeige sogleich in das Hypothekenbuch nicht nur eintragen, sondern auch mit eben dieser Bemerkung allen daraus gezogenen Hypothekenscheinen und Recognitionen inseriren, — auch solle zu eben dieser Anzeige und Eintragung den Kassen-Officianten bei Verlust des Dienstes und den Pächtern bei nahmhafter Geldstrafe anbefohlen werden, binnen acht Tagen längstens nach ihnen geschehenen Anfalls eines Grundstückes nach eingetretenem Verhältnisse mit dem Fisco, diesen der Behörde anzuzeigen.

Von allen diesen heilsamen Verordnungen haben die Revisen keine einzige beobachtet, auch diefs gethan zu haben nicht behauptet. So ergiebt der bei den Acten befindliche Hypothekenschein, dafs bei dem Grundstücke, das er vor Einschreitung seines Verhältnisses mit dem Eisen-Comtoir besafs, dasselbe so wenig im Hypothekenbuche bemerkt ist, als bei denen, die er später erwarb, und dafs des Vorrechts des Fisci

bei beiden auch nicht die geringste Erwehnung je geschehen ist. Sie können daher auf keinen Fall dieses Rechts sich gegenwärtig gegen unschuldige Gläubiger bedienen, da diese Unterlassung offenbar culpam latam involvirt; — ein so grober Grad des Verschuldes aber bei Beurtheilung seiner Wirkung in dieser causa civili bekanntlich dem Dolo gleich geachtet wird, folglich hier, wenn Judex illustris ihnen demohnerachtet jenes Vorrecht wider alles Erwarten zubilligen sollte, der Fall eintreten würde, daſs sie durch ihre eigene Culpam latam (oder Dolum) sich zum Schaden eines Dritten dabei ganz unschuldigen Menschen (der privathypothekarischen Gläubiger) gegen die Hauptgrundsätze des Rechts, bereichern würden, wobei es keiner weitern Ausführung bedarf, daſs das Aushängen des Schildes, welches nicht bestritten wird, die Stelle der in den angeführten Gesetzen so deutlich bestimmten Obliegenheiten unmöglich vertreten kann,

Die geforderten Zinsen anlangend, so hat selbst der Richter zweiter Instanz den Revisen solche nicht wie gefordert zu 6, sondern nur zu 5 Pro Cent, und nicht bis zur Zahlung, sondern nur bis zum Tage des eröfneten Concurses zuerkannt, daher hier nur bemerkt wird, daſs wenn Revisen die erste Forderung durch

den §. 418. Th. II. Tit. 20. des Allgem. L. R. begründen wollen, dieser aus dem doppelten Grunde hier keine Anwendung finden kann, weil er Theils nur das Verhältniſs des Beamten selbst gegen die Kasse betrifft, von welchem das der Gläubiger des Beamten als Tertii gegen diese Klasse ganz verschieden ist, Theils auch er blos von dem hier gar nicht vorhandenen Fall redet, daſs der Beamte das Kassengeld nicht in seinem Privat-Nutzen verwandt, welches der Cridarius that, wie eben der liquidirte Defect beweiset, sondern nur, Statt es vorschriftsmäſsig so fort zur Kasse zu bringen, solches in seiner Privat-Verwahrung behalten hat.

Ausser dieser Stelle rechtfertigt aber kein Gesetz die Forderung der Zinsen à 6 Pro Cent; daher es bei dem allgemeinen Zinssatze der 5 Pro Cent auch bei den Revisen verbleiben muſs, so wie diese auch die Fortzahlung derselben in dem hier eintretenden Concurs-Falle, nicht wie sie sonst berechtigt seyn würden, bis zur Zahlung, sondern nur bis zur Concurs-Eröfnung verlangen können, da durch diese auch in Ansehung ihrer selbst, wenn man sie als hypothekarische Gläubiger annehmen könnte, der freie Zinslauf gehemmt wird, und sie während desselben nur höchstens die laufenden aus den Re-

venüen der Grundstücke, in so fern diese dazu hinreichen, verlangen können.

Allgem. Ger. Ordn. Th. I. Tit. 50. §. §. 150 — 152.

Schliefslich bemerkt nur noch Deducent zur Widerlegung der von dem Appellations-Richter angeführten Gründe, dafs er sich in Ansehung der dem Haupt-Eisen-Comtoir beigelegten fiscalischen Rechte auf die obige Ausführung bezieht, wo der Unterschied zwischen dem Fisco und den Handlungs-Anstalten des Staats auseinander gesetzt worden, welcher durch Zusammenhaltung der

§. §. 4. und 72. Th. II. Tit. 19. des Allgem. L. R.

sich aus den Gesetzen selbst rechtfertigt; — dafs ferner, da dieser Richter selbst zugesteht, dafs Cridarius kein eigentlicher Königlicher Bedienter gewesen, und nur die fiscalischen Rechte in diesem Falle analogisch aus den für Domainen-Beamte und Pächter gegebenen Vorschriften, deducirt, dieser Schlufs nach

§. 488. Th. I. Tit. 50. der Allgem. Ger. Ordn.

welcher hier alle Analogien verbietet, als unrichtig erscheint.

Aus allen diesen Gründen richten die Revidenten ihren Antrag dahin,

das Appellations - Erkenntnifs dahin zu reformiren, dafs mit gänzlicher Aufhebung desselben das Erkenntnifs erster Instanz lediglich wieder herzustellen, und die Revisen in die Kosten dieser Instanz zu verurtheilen,

wobei sie sich, im Falle diesem Antrage wider alles Vermuthen nicht deferirt werden sollte, hiermit nochmals zum Ueberflufs ihre Rechte in Separato sowohl gegen die Amts - Behörde des Cridarii als gegen den Richter der Sache, wegen der von ihnen unterlassenen Befolgung der gesetzlichen Vorschriften in Betreff der Eintragung der Amts - Verbindung desselben ausdrücklich vorbehalten.

Berlin d. 10. Dec. 1805.

Nobiling.

Gegen - Revisions - Deduction

in Sachen des Officii Fisci, modo des Königl. Haupt - Eisen - Comtoirs Liquidanten, jetzt Revisen und der Königl. Bergwerks und Hütten-Administration, gleichfalls Liquidanten, Revisen und Intervenienten, wider den Curatorem Concursus des gewesenen Rendanten Stammer und

dessen Concreditores, Coliquidanten, jetzt Revidenten.

Die Appellations - Instructions - Acten und die in der desfalsigen diesseitigen Deduction enthaltenen rechtlichen Ausführungen, wie nicht weniger das darauf erfolgte Erkenntnifs zweiter Instanz sprechen so bündig für die gerechte Sache der Revisen und Intervenienten, dafs sie ohne die mindeste Besorgnifs eines Nachtheils darauf submittiren könnten, wenn es nicht nöthig wäre, die von den Revidenten nun noch in ihrer Deduction dritter Instanz angeführten irrigen facta und ganz unanwendbaren Gesetzstellen völlig zu elidiren, als welches demnach folgendermaafsen geschiehet.

Was zuvörderst die der gegnerischen Deduction vorangeschickte vermeintliche actenmäfsige Species Facti betrifft, wodurch der revidentische Deducent, dem erleuchtesten Herrn Revisions - Richter, die Sache mit einem Blicke übersehen zu machen glaubt: so ist selbige, aufser dem gleich anfänglichen Eingeständnisse,

dafs die Benutzung des Bergwerks - Regals zuerst den Kriegs - und Domainen - Kammen unter der Direction eines hohen General - Directorii anvertraut, im Jahre 1768. aber von des Königs Majestät ein besonde-

res Bergwerks - und Hütten - Departements errichtet worden und den prämittirten zween Erkenntnissen der beiden vorigen Instanzen, eines Theils ganz unvollkommen, und andern Theils auch mit irrigen Anführungen abgefaſst worden, wie der gerichtliche Status Causae et Controversiae vom 23. Jun. 1800. und die damit übereinstimmende Geschichts - Erzählung in der diesseitigen Appellations - Deduction vom 11. Iul. d. a. inclusive der darinn ad C. ergänzten und berichtigten 8ten und 9ten Streitfragen, ganz evident darthun. Gegen deren Richtigkeit die Revidenten in der Gegen - Deduction um so weniger eine Sylbe einzuwenden vermocht haben, weil sie selbige durch die gleich in dem ersten Appellations - Instructions - Termin vom 7. Dec. 1799. von Littera A. bis incl. Litt. N. beigebrachten Beweiſs - Pieçen, überall verificirt.

Die Revisen beziehen sich also darauf um so mehr, indem darnach nicht, wie die Revidenten in ihrer eben gedachten Species Facti unrichtig erwehnen, das Königliche Haupt-Eisen - Comtoir von der Königlichen Bergwerks - und Hütten - Administration, sondern in Connexion mit derselben, wegen des speciellen Maniements in Ansehung des Exercitii des Königlichen allerhöchsten Bergwerks - und Hütten - Regals, auf Sr. Königl. Majestät allergnädigsten

Special-Befehl, so wie die im Lande vorhandenen Provincial-Eisen- und Blech-Factoreyen und dergleichen Magazine, etablirt, und unmittelbar allerhöchst landesherrlich sanctionirt worden sind, welches insbesondere aus den angezogenen Beweis-Piecen sub Litt. A. et E. vom 10. Jul. 1768. und 28. Oct. 1786. mit Mehrerem erhellet.

Es liegt diefs auch schon wesentlich in dem angeführten Eingeständnifs der Revidenten, wenn man nur dabei Sr. Königl. Majestät Staatsverwaltung in Erwegung zieht, indem darnach von Allerhöchst denenselben unmittelbar selbst, wie in der Notorietät beruhet, das Exercitium Allerhöchst dero Bergwerks-Regals angeordnet worden.

Solchem vorgängig, wenden sich die Deducenten zur Sache selbst, und zwar zur Beantwortung der von den Gegnern wieder aufgestellten Frage:

Was das Königliche Haupt-Eisen-Comtoir sey?

Der erleuchtete Herr Appellations-Richter hat diese Frage schon so übersichtsvoll und dahin rechtlich entschieden,

dafs es nehmlich eine zum Königlichen Bergwerks- und Hütten-Departement gehörige Branche sey, welchem die fiscali-

schen Vorrechte von dem Stammerschen
Mitgläubigern, vergebens bestritten würden,
daſs deshalb nicht die mindeste Interpretation mehr Statt haben kann,

welches auch aus dem oben angeführten eigenen Geständnisse der Gegner ipso jure, ganz evident folget.

Betreffend die von dem Richter erster Instanz aufgeworfenen drei Präjudicial-Fragen, als

1) War der Gemeinschuldner ein Königlicher Kassen-Rendant?

2) Hat das Königliche Haupt-Eisen-Comtoir jura Fisci?

3) Hat es, wenn es jura Fisci hätte, die gesetzlichen Erfordernisse beobachtet?

so hat der revidentische Deducent solche erste Frage, nachdem er zuvördertt Theils eine Menge Unerheblichkeiten und unanwendbare Recocta aus den vorigen Instanzen dahin geworfen, die auf oben angeführte Frage zielen sollen, Theils aber auch sogar wahrheitswidrige Facta mit angeführt; nur erst blos verneinend beantwortet.

Die Revisen behalten jedoch in der gegenwärtigen rechtlichen Ausführung den Gang der systematischen Ordnung wegen der abermaligen Widerlegung der von dem Richter erster Instanz und den Revidenten zur Verneinung obiger Frage gethanen Behauptungen und gemachten Inter-

pretationen bei, um den erleuchtetesten Herrn Revisionsrichter die Uebersicht der Sache zu erleichtern. Es wird daher noch zur völligen fernerweiten Bejahung der

1ten vorstehenden Frage kürzlich bemerkt, daſs das jetzige Anführen der Revidenten in ihrer Revisions-Deduction,

als wenn der Kaufmann Stammer blos von dem revisischen Haupt-Eisen-Comtoir als Factor oder Commissarius eines Handlungs-Instituts angeordnet,

eine ganz ungegründete Behauptung gegen den Inhalt der in dem ersten Appellations-Instructions-Termin dem 7. Dec. 1799. beigebrachten und in dem fortsetzungs-Termin dem 4. Febr. 1800. von ihnen recognoscirten Beweis-Documenten von Litt. A. bis D. involvirt: denn in dem in diesem Termin abgehaltenen gerichtlichen Protocoll heiſst es unter andern wörtlich,

Appellaten (die jetzigen Revidenten) bestritten nicht, daſs der Kaufmann Stammer, als Königlicher Rendant von der Havelberger Eisen-Niederlage durch den Magistrat zu Havelberg in Eid und Pflicht genommen worden, und recognoscirten das Attest des Magistrats zu Havelberg vom 23. Jun. 1780.

über die geschehene Verpflichtung des Kaufmanns Stammer.

Nach diesem Eingeständnisse, und wenn man dabei in Erwegung zieht, daſs der Kaufmann Stammer nach dem Inhalt seiner Eides-Leistung welche sich über das oben angezogene Attest Litt. E. befindet, auch zugleich auf das Königliche Allerhöchste Cassen-Edict vom 30. Mai 1769. mit verpflichtet worden, ist die Qualität des Kaufm. Stammer als Königl. Kassen-Rendant, nicht dem mindesten rechtlichen Zweifel mehr ausgesetzt, obgleich der revidentische Deducent sich jetzt noch unterfängt, solches dem angeführten Eingeständniſs und Appellations-Erkenntniſs zuwider, zu leugnen. Dessen Fragen, wann, oder unter welchem Nahmen dem Cridario die Königliche Kasse anvertrauet worden, und wo er diese Kasse aufbewahrt hat? sind also weiter nichts als unnütze Raisonnements, weil den Revidenten alles dieses bei dem oben erwähnten Eingeständnisse, nicht unbekannt geblieben ist, daſs nehmlich die in Frage seyende Kasse nach dem ihnen bekannten Königlichen Eisen-Magazin-Schilde,

mithin Königlich Preuſsische Eisen- und Blech-Magazin-Kasse geheissen und da, wo solches Schild für das Publicum öffent-

lich ausgehangen, auch die qu. Kasse aufbewahrt worden.

Die Erwähnung oder Behauptung der Revidenten, daſs dem Kaufmann Stammer blos von den Revisen der Name Rendant beigelegt worden, ist eben so wahrheitswidrig und ungegründet, als deren gleich anfangs dieses Punkts halber gedachte Behauptung, wie die allegirte Beweis-Pieçe sub Litt. D. vollkommen darthut; folglich haben die Revisen mit dem Kaufmann Stammer in der Qualität als Kaufmann um so weniger etwas zu thun gehabt.

Dieses alles bewähren ganz klar die vorstehend angeführten Beweis-Documente inclus. Litt. C. et F. und enthalten selbige auch zugleich, wie in dem Schluſs-Appellations-Instructions-Protocoll vom 12. Mart. 1800. bereits unter andern bemerkt worden, die Anstellung des Kaufm. Stammer zum Königlichen Eisen- und Blech-Magazin-Factor und desfalsigen Rendanten, welchem nach denn der erleuchteteste Herr Revisions-Richter den Antrag der Revidenten, um Edirung solcher Acten, auch wohl um so mehr unstatthaft finden wird. Ueberdem kommt es hier nicht einmal darauf an, ob der Kaufmann Stammer ein wirklicher Königlicher Kassen-Rendant gewesen? sondern hier ist hauptsächlich davon die Rede: ob er König-

liche Gelder und andere Königliche Waaren in Aufbewahrung und zur Verwaltung gehabt? und da dieses nicht bestritten ist: so muſs dem Fisco nach den Grundsätzen des

Circul. vom 5. Jul. 1779. Edicten-Sammlung de 1779. Nro. 23. p. 1591. und des Rescripts vom 22. Sept. 1799. Stengels Beiträge I. Band, p. 392.

das liquidirte Präferenz-Recht zuerkannt werden.

Ad. II. sind die fiscalischen Vorrechte der Revisen in den vorigen Instanzen schon so unwiderlegbar sowohl de jure als de facto bewiesen, weil alle gesetzlichen Allegate der Revidenten dagegen ganz unanwendbar, daſs auch dieserhalb die von denselben dagegen wiederholentlich gemachten Interpretationen gar nicht Statt finden können, folglich selbige darnach und nach dem Appellations-Erkenntnisse den Revisen vergebens bestritten werden.

Allgem. L. R. Th. II. Tit. 14. §. 1.

Mit dem in dieser Gesetzstelle enthaltenen Begrif vom Fiscus,

wornach alle Arten der Staats-Einkünfte, sie mögen aus dem Staats-Eigenthum, den nutzbaren Regalien, oder andern Quellen flieſsen,

stimmen auch alle desfalsigen ältern vorhergegangenen Dispositionen überein, als

des Codicis Friedericiani P. IV. Tit. 9. pag. 293. und demselben beigedruckten Edicts vom 4. Nov. 1713. pag. 322. des Corp. jur. Friederici: P. IV. Tit. XII. §. 33. der Concurs-Ordnung vom 4. Febr. 1722. §. 135.

ferner

Hellfeldt, jurisprud. forens. §. 2156. weil ein Theil der Staats-Einkünfte aus den nutzbaren Regalien fliefst, zu welchen sowohl nach dem gemeinen Deutschen, als besondern Preufs. Staatsrecht, das Bergwerks-Regal auch allerdings zu rechnen ist.

Westphals Deutsches Staatsrecht 41. Abhandl. und Allgem. L. R. Th. II. Tit. 16.

Da nun zum Bergwerks-Regal, welchem die Revidenten jura Fisci einräumen, auch das Exercitium desselben ipso jure gehört, indem ersteres mit letztern Connex ist, und das Eine ohne das Andere nicht ausgeübt werden kann: so releviren die vielfältigen Anführungen der Revidenten, wonach sie die Revisen Handlungs-Instituten und Kaufleute nennen, gar nichts. Der unadequate Begrif davon, welchen dieselben aus dem allgemeinen Landrechte nehmen wollen, ist bereits in der diesseitigen Deduction erster Instanz völlig elidirt worden, indem dar-

nach in der Natur der Sache liegenden und aus ältern und neuern Gesetzen,

Allgem. L. R. Th. II. Tit. 8. §. 485.

fliefsenden Begriff eines Kaufmanns klar ist, dafs derjenige, welcher von ihm selbst, und also noch vielmehr zugleich aus seinen eigenen Erzeugnissen verfertigte Producte ins Geld setzt, kein Kaufmann oder Handlungs-Institut sey, folglich die Revisen um so weniger, weil sie durch das angeführte Exercitium die unmittelbar zu gute gemachten eigenthümlichen Landesherrlichen Bergwerks- und Hütten-Producte, welche diejenigen sind, die der revidentische Deducent in der Defects-Designation des Cridarii vom 24. April 1796. an alten Staab- und Gufs-Eisen-Producten meint, zu welchem letztern auch der gegossene Ofen gehört, den der Doctor Freyer erhalten hat, zu Erfüllung des Königlichen Allerhöchsten Etats-Quanti vermöge höchst Dero Bergwerks- und Hütten-Regals debitiren.

Dieses ist aber nicht der Fall mit der Banque, der Seehandlung und andern dem Staat gehörigen Handlungs-Anstalten, in so fern dieselben vom Privat-Gelde mit Privatis ein Handlungsverkehr treiben, welches sonst zu den bürgerlichen Gewerben gehören würde, als weshalb

denn auch der höchste Gesetzgeber veranlasset worden, im Allgemeinen Landrechte

Th. II. Tit. 14. §. 1.

den gedachten Begriff zuvörderst von dem Fisco, worunter wie die Gegner oft selbst eingestanden haben, auch das Bergwerksregal gehört, zu geben, ehe die Bestimmung

L. C. §. 72. sequ.

für die Handlungs-Institute ertheilt worden.

Was die Bemerkung der Revidenten anbetrift, daſs der Königliche Kupferhammer bei Neustadt-Eberswalde und das Königliche Messings-Werk bei Heyermühle vor deren Errichtung, ein Privatunternehmen, das Splittgerbersche Handlungshaus, in Händen gehabt: so versiren dieselben deshalb in einem sehr irrigen Wahne, weil diese Hüttenwerke alte Königliche Domainen Pertinenzien sind, welche anfänglich von der Königlichen Churmärkischen Kriegs- und Domainen-Kammer, so wie das sonstige Berg- und Hütten-Wesen inclus. der übrigen Königl. Krieges- und Domainen-Kammern administrirt worden, und nur nachher erst die qu. zwei Hüttenwerke, von gedachter Kammer als Königliche Domainenstücke, eine geraume Zeit von 6 zu 6 Jahren in Zeitpacht an den Splittgerber ausgethan worden sind, welches nachher

auch

auch von der Königlichen Bergwerks- und Hütten-Administration geschehen ist.

Die Anschläge und Pacht-Contracte von solcher Zeitpacht sind jedoch stets bei dem Königlichen hochpreifslichen General-Directorio revidirt und demnächst erst approbirt worden, als welches alles bei Einem königlichen hochpreifslichen Kammergericht gewifs in der Notorietät beruhen wird. Es sind demnach die Angaben der Revidenten, wodurch sie den Revisen die Eigenschaft als Handlungs-Institute beilegen wollen, völlig ungegründet und unerheblich, denn

a) ist es nicht wahr, dafs das Königliche Haupt-Eisen-Comtoir die Preise der Bergwerks- und Hütten-Producte nach Belieben bestimmt, sondern es geht vielmehr aus den, dem Schlufs-Appellations-Protocoll vom 12. Mart. a. p. sub L. P. et Q. beygefügten Beweis-Piecen ferner hervor, dafs solches jedesmal durch ein Königliches hohes Bergwerks- und Hütten-Departement des hochpreifslichen General-Directorii geschiehet.

b) Ist es eben so wenig zur Schwächung des fiscalischen Vorrechts von der mindesten Erheblichkeit, dafs altes Gufs-Eisen, dergleichen Kupfer und Messing zu den nach einer Allerhöchsten Vorschrift und nach Hüt-

ten-Principien festgesetzten Preisen, zum Einschmelzen angenommen wird. Denn welcher Particulier oder Kaufmann kann sothanes altes Eisen, Messing und Kupfer, den Besitzern für einigen Preiſs zu ihrem Vortheile anders abnehmen und zu gute machen, als die Königlichen Hütten-Werke? Welchem nach denn die gegnersche vermeintliche Würdigung der Revisen als Kaufleute und Handlungs-Institute, da letztere, wie erstere nicht bestreiten können, sondern eingestehen müssen, wegen Exercitii des Königlichen Allerhöchsten Bergwerks-Regals in die Stelle der Königlichen Krieges- und Domainen-Kammer getreten sind, — von selbst zerfällt und lächerlich ist, wenn jene unbedeutende Sache einem fiscalischen Institute seine Vorrechte schwächen oder benehmen soll.

Nachdem die Revisen nun noch dieses Puncts halber zur äussersten Widerlegung aller revidentischen Hypothesen und Behauptungen, den in der Appellations-Instruction mit bewiesene Thatsache, daſs nehmlich

die Errichtung des Königlichen Eisen- und Blech-Magazins zu Havelberg unter unmittelbarer Allerhöchster Landesherrlicher Sanctionirung erfolgt, dessen Zweck und äussere Verhältnisse publicirt, und in den Zeitun-

gen und Intelligenz - Blättern öffentlich bekannt gemacht, mithin zur allgemeinen Wissenschaft gebracht worden,

auch daſs dem zufolge

die zeitigen Eisen - und Blech - Magazin-Rendanten, folglich auch der Cridarius Stammer auf Sr. Königl. Majestät allergnädigsten Special - Befehl von Einem hohen Berg- werks - und Hütten - Departement des hochpreiſslichen General - Directorii angestellt worden,

hier wiederholen, und anführen, daſs das Circulare aus einem hohen Staatsrathe vom 20. Nov. 1798. wegen Bewirkung eines schnellern Ganges der fiscalischen Prozesse, welches sich

in Corp. Constit. March. Nro. 86. p. 1791 — 1795.

befindet, und in dem Appellations - Instructions-Protocoll vom 7. Dec. 1799. und 12. Mart. a. pr. angezogen worden,

auch noch finaliter entscheidet, daſs die Revisen zu den fiscalischen Behörden gerechnet werden; so bleibt

Ad Nro. III. den Revisen nur noch die Bemerkung übrig, daſs auch die von den Revidenten für sich sowohl ad Quaest. 2. als ad 3. angeführte Gesetze vom 3. Aug. 1769. 31. Mart. und 13. April 1772. vom 18. Aug. 1777. und

13. Mai 1781. das von ihnen praetendirte Vorzugsrecht, keinesweges begründen, sondern daſs diese gesetzlichen Verordnungen vielmehr die wahre Quelle des fiscalischen juris praeferentiae sind.

Das erste Gesetz de 3. Aug. 1769. handelt eigentlich nur von den

Vorschüssen, die den Fabrikanten und Entrepreneurs aus den Königlichen Kassen gegeben sind,

und von denen mit welchen Fiscus

Contracte geschlossen hat,

und ist eigentlich hier gar nict anwendbar, weil hier weder ein mit dem Kaufm. Stammer geschlossener Contract in medio ist, noch es hier auf Deckung der Vorschüsse ankommt; denn dem Cridario sind weder Vorschüsse gegeben, noch ist mit ihm contrahirt; überdem aber ist darinnen § II. expresse festgesetzt,

nicht weniger steht auch Unserm Fisco in dem ganzen Vermögen Unserer Cassen-Rendanten, Administratoren und anderer Cassen-Bedienten, das Vorzugs-Recht vor allen und jeden Gläubigern zu,

mithin ist dadurch das durch frühere Gesetze angeordnete jus Praelationis Fisci ausdrücklich und wiederholentlich bestätigt.

Die beiden folgenden Gesetze vom 31. März

und 13. April 1772. schreiben zwar vor, daſs in den Hypothekenbüchern bemerkt werden soll, daſs die Eigenthümer der Immobilien, ein Kassen-Amt, oder eine königliche Pachtung übernommen haben; es ist aber darin keinesweges festgesetzt, daſs die Unterlassung dieses Vermerks, den Verlust des fiscalischen Vorzugsrechts bewirken solle; und im gegenwärtigem Falle kann dem Fisco eine Strafe der Art um so weniger zur Last fallen, da er gar nicht gewust hat, daſs Stammer mit Immobilien angesessen ist. Es sind auch diese Gesetze gar nicht, um den Fiscus für die Negligence Anderer zu bestrafen, gegeben, sondern sie beabsichtigen nur eine Einschränkung der fiscalischen Vorrechte, und diese Einschränkung ist einzig und allein auf die Pächter der Königlichen Domainen, mit welchen Fiscus contrahirt hat, limitiret; denn es ist darinn generaliter festgesetzt, daſs der Fiscus, er möge die Qualität der Cassen-Officianten eintragen lassen, wenn er wolle, allen sowohl vor, als nach ihm eingetragenen Creditoren vorgehen soll, — daſs aber dagegen die Intabulation der Pacht-Contracte nur die Wirkung haben solle, daſs der Fiscus vor denen nach im intabulirten Gläubigern den Vorzug behält. Im Grunde sind diese Gesetze bloſs zur Warnung den Privat-

Gläubigern gegeben, damit sie dem, welchem sie so lange creditirt haben, nachdem er mit dem Fiscus in Verbindung getreten ist, die ihm gegebene Darlehne bei Zeiten kündigen, sich von ihm losmachen und das Ihrige retten können.

Die Patente vom 18. Aug. 1777. und 13. Mai 1781. haben nur allein die Rittergüter, keinesweges aber städtische Besitzungen zum Gegenstande. Sie sind weder zu Gunsten, noch zum Schaden des Fisci ergangen, sondern ihr alleiniger Zweck ist,

> die Begünstigung und Sicherstellung des eingeführten Pfandbrieflichen Credit-Wesens.

Davon muſs jeder durch ihren wörtlichen Inhalt überzeugt werden; und besonders handelt das Patent vom 13. Mai 1781. namentlich und allein von den Hypothecis tacitis Privatorum, z. B. der Ehefrauen, Unmündigen etc. Dem Fisco ist dagegen auch darinn sein jus Praelationis ausdrüsklich reservirt, verbis,

> Uebrigens verbleibt es in Ansehung des Vorzugrechts des Fisci etc. bei den deshalb ertheilten Vorschriften.

Wenn aber auch diese Gesetze das Vorzugsrecht des Fisci zweifelhaft machten: so löset doch das neueste Gesetz vom 8. Jan. 1785. alle

Bedenklichkeiten der Revidenten: denn darinn ist verordnet,

§. 1. Daſs der Fiscus nur allein denen Gläubigern, die mit den Kassen-Beamten, vor Uebernahme des Kassen-Amtes contrahirt haben, nachstehen;

§. 3. Daſs er hingegen sein Vorzugsrecht in seinem ganzen Umfange gegen die, welche nach Uebernahme des Amtes mit dem Cassen-Bedienten etc. contrahirt haben, zu exerciren befugt bleiben solle.

§. 5. Daſs der Fiscus erst dann, wenn ihm bekannt geworden, daſs der ihm Verpflichtete, Immobilien besitzt, seine jura fiscalia darauf eintragen lassen solle, —

wobei wohl zu bemerken ist, daſs auch hierinn auf die Unterlassung der Eintragung, der Verlust des Vorzugsrechts, nicht angedrohlt worden.

§. 6. Daſs alle vor der Eintragung der fiscalischen Gebührnisse, intabulirte und dem Fisco nachtheilige Privat-Rechte unverbindlich seyn sollen.

§. 7. Daſs jeder, der einem Cassen-Bedienten Credit geben, und seine Forderung versichern lassen will, vor allen Dingen nachsehen soll,

ob auch das fiscalische Vorrecht schon ein-

getragen worden? und wenn er dieses nicht findet, sich mit einem solchen Besitzer keinesweges einlassen solle etc.

und

§. 8. daſs wenn ein solcher Privat-Gläubiger durch die unterlassene Eintragung des fiscalischen Vorzugsrecht Schaden leidet, er der Creditor die eine Hälfte dieses Verlustes in poenam suae negligentiae selbst tragen, wegen der andern Hälfte sich aber an die Behörde, die ihre Pflicht unerfüllt gelassen, halten, keineswegas aber Fiscus darunter leiden solle.

Und dadurch ist alles, was die Revidenten so weit und breit ad Quaest. 2 und 3, für sich an- und ausgeführt haben, vollkommen widerlegt, und zugleich das Appellations-Erkenntniſs gerechtfertigt: denn dis Gesetze haben nicht dem Fisco auferlegt, daſs er für die Conservation seines Vorzugsrechtes sorgen, und nicht verordnet, daſs ihm die Folgen der Unterlassung anheim fallen sollen; sondern die Creditores sollen, wenn sie sich sicher stellen und vorsichtig handeln wollen, darauf sehen,

ob auch das fiscalische jus Praeferentiae und die Qualität des Eigenthümers, als Cassen-Bedienten bereits eingetragen worden,

und dafür haben die Revidenten nicht gesorgt.

Sie haben vielmehr unbedachtsamer Weise, mit Zurücksetzung der ihnen durch die Gesetze auferlegten Pflicht, dem Cridario geborgt, und selbst hiebei sind sie nicht den Glauben des Hypothekenbuchs gefolgt, sondern sie haben dem Gemeinschuldner zuerst persönlichen Credit gegeben, und erst in der Folge, nach langen contrahirten Darlehnen, als sie merkten, daſs es mit dem Cridario schief ginge und Concursus materialis schon vorhanden war, sich eine Real-Sicherheit bestellen lassen, um dadurch den besorgten Verlust ihrer längst gezahlten Darlehne von sich zu wenden.

Die Revisen tragen demnach darauf an,

Sententiam a qua in Ansehung des darinn erkannten Loci ihrer fiscalischen Forderungen lediglich zu bestätigen und die Revidenten in die Kosten dieser Instanz zu verurtheilen.

In Ansehung der Zinsen während des Concurses wird aber auf den von den jetzigen Revisen deshalb erstatteten Revisions-Bericht Bezug genommen und um so mehr gewiſs gehofft,

daſs dem darinn gemachten Antrage gemäſs erkannt werde,

weil der Gemeinschuldner nach Vorschrift des Cessen-Edicts von 1769. worauf er in seiner Instruction verwiesen ist, verbunden war; seine

Einnahme alle Monate prompt abzuliefern, und er durch die Nichtbefolgung dieses Gesetzes in mora constituirt worden, und weil in dem, bei dem Schluſs-Appellations-Protocoll vom 12. März überreichten Actenstücke des Königlichen Haupt-Eisen-Comtoirs die Extracte aus den in Sachen Fisci contra Boltius ergangenen drei rechtskräftigen Erkenntnissen befindlich sind, wornach überall dem Fisco und zwar ohne Antrag, die Zinsen bis zur völligen Erstattung der sämmtlichen Defecte zuerkannt worden, folglich dieses Praejudicium auch schon mit zur Instruction gezogen ist.

Was nun die besondere Revisions-Deduction des Mühlenmeister Abesser anbetrift, nach deren Inhalt dem Concipienten derselben, das Exercitium des Königlichen Allerhöchsten Bergwerksregals und des damit verknüpften fiscalischen Vorrechts, noch fremder seyn muſs, als dem Verfasser der Schriften für die übrigen Stammerschen Privatgläubiger: so widerlegt sich solche der Hauptsache nach, auch ganz aus der vorstehenden rechtlichen Ausführung, da dessen vermeintlichen Argumente eben so unerheblich und unanwendbar sind, als die des letztern. Nur ein besonders Argument, welches derselbe für sich anführt, bedarf einer nähern Prüfung. Er behauptet nehmlich, daſs er deshalb mit sei-

ner Forderung dem Fisco vorstehen müsse, weil die von ihm vorgeliehenen 1000 Rtlr. zu Bezahlung der Kaufgelder, des von dem Cridario acquirirten Grundstücks verwandelt, und damit die übrigen ältern Posten bezahlt wären.

Diese factische Behauptung ist aber in der Instruction nie angebracht, und da die Wahrheit oder Unwahrheit derselben ganz ununtersucht geblieben ist, in Revisorio auch keine neue facta und Beweise angebracht werden dürfen: so ist Fiscus gar nicht verbunden sich jetzt darauf einzulassen. Zum Ueberfluſs bestreitet er aber sowohl die angeführte Thatsache, daſs das Darlehn der 1000 Rtlr. zur Bezahlung des Kaufgeldes für das eine Grundstück des Cridarii verwandt worden, als auch das darauf gebaute Vorzugsrecht: denn wenn gleich die 1000 Rtlr. zur Abführung der bereits tempore acquisitionis auf diesem Grundstücke gehafteten ältern Schulden angewandt wären: so hat sich doch der Revident diese angeblich von ihm bezahlten Debita von den frühern Creditoren nicht cediren lassen, — sie sind vielmehr gelöscht, die Documenta de quibus sind cassiret; — er hat sich eine neue Obligation ausstellen lassen und aus dieser liquidirt, — mithin kann seine Forderung die jura der intabulirten Schulden nicht genieſsen, viel-

mehr ist es Theils hierdurch, Theils durch die Vorschrift des

> Edicts vom 8. Jan. 1785. §. II. und
> Allgem. L. R. Th. II. Tit. 14. §. §.
> 53. 54. 55.

davon ausgeschlossen.

In dem Hypothekenschein des Havelbergschen Magistrats - Gerichts vom 4. Mai 1796. heifst es wegen des qu. Grundstückes ausdrücklich

> Nro. 1. 2. 3. 4. Schulden der vorigen Besitzer sind gelöscht.
>
> Nro. 5. 1000 Rtlr. Ein tausend Thaler Cour. hat Besitzer Stammer, laut Obligation vom 30. Nov. 1795 sub hypotheca speciali dieses Hauses zu 4 Pro Cent Zinsen von der Wittwe Teltow erborget; registrirt eodem:

Hieraus geht nicht einmal hervor, wie die von dem Abesser liquidirten 1000 Rtlr. auf ihn gekommen sind, welches von Einem Königlichen hochpreifslichen Kammergericht in der Resolution vom 22. v. M. demselben auch bereits bekannt gemacht worden. Der §. II. des Königlichen Allerhöchsten Edicts vom 8 Jan. 1785. macht darinn auch keinen Unterschied, wozu das von dem Kassen - Bedienten aufgenommene Geld verwandt ist; vielmehr sollen nur diejenigen Schulden, welche mit dem Besitze des Grund-

stückes, von dem Acquirenten übernommen, oder zugleich bei der Berichtigung seines Tituli Possessionis eingetragen worden, ein Vorzugsrecht vor dem Fisco behalten. Der Revident vermag aber nicht zu leugnen, daſs diejenigen 1000 Rtlr., welche er hergegeben hat, eine neue Schuld des Stammer geworden sind, auch einen neuen Locum in dem Hypothekenbuche erhalten haben.

Solchemnach kann es also nicht weiter darauf ankommen, zu welchem Behuf die qu. 1000 Rtlr. verwandt sind.

Ausser diesen Gründen steht dem Gegner auch noch der §. II. des Königlichen Allerhöchsten Edicts vom 3. Aug. 1769. aus dem Umstande,

weil der Stammer in Anno 1780. bereits im Kassen-Amte gewesen ist,

entgegen, daher denn auch hier von den Revisen mit allem Recht darauf angetragen wird,

Sententiam a qua überall zu confirmiren und den Revidenten die Kosten allein zur Last zu legen.

Berlin d. 29 Jan. 1801.

Königl. Preuſs Bergwerks- und Hütten-Administration und Königl. Preuſs. Haupt-Eisen-Comtoir.

Hierauf ward am 13. Aug. 1801. folgendes Revisions-Erkenntnifs publicirt.

In Sachen des D. Freyer und sämmtlicher hypothecarischen Gläubiger des Friedrich Eberhardt Stammer imgleichen der Bergwerks- und Hütten-Administration und des Haupt-Eisen-Comtoirs respective Revidenten und Revisen

Erkennen Wir Friedrich Wilhelm von Gottes Gnaden, König von Preufsen etc. den ergangenen Acten gemäfs hierdurch für Recht:

das Formalia für richtig anzunehmen; auch ad Revisionem des Haupt-Eisen-Magazins Sententia Appellationis vom 13. Oct. 1800. dahin zu ändern, dafs demselben die Zinsen auch nach eröfneten Concurs in so weit zu entrichten, als die Einkünfte der zur Masse gehörigen Grundstücke nach Abzug aller fortlaufenden Lasten und Abgaben dazu hinreichend sind; übrigens aber ad Revisionem der Concreditorum, Sententia Appellationis lediglich zu bestätigen, auch dieselben in die Kosten dieser Revision zu verurtheilen.

V. R. W.

v. Koenen.

Die Creditores beschwerten sich hierauf unmittelbar bei seiner Majestät dem König, worauf nach dem abgestatteten Gutachten des Herrn Groſs-Kanzlers von Goldbeck und dem eingereichten Bericht des General-Directoriums folgende Kabinets-Verfügung erging.

Sr. Königliche Majestät von Preuſsen etc. haben auf das Gutachten des Groſs-Kanzlers von Goldbeck vom 24. v. M. und den darüber vom General-Directorio unterm 16. d. M. erstatteten Bericht, wegen der von dem Dr. Freyer zu Havelberg für sich und die andern hypothekarischen Gläubiger des Eisen-Factors und Kaufmanns Stammer zu Havelberg über die dem Eisen-Magazine in den Grundstücken des Kaufmanns Stammer zugesprochenen Vorrechte vor den früher eingetragenen hypothekarischen Gläubigern geführte Beschwerde resolvirt:

1) daſs diejenigen Gläubiger, welche ihr Geld auf die zur Masse gehörigen Grundstücke versichern lassen, als diese ihnen und dem Fisco hinlängliche Sicherheit gewährten, nehmlich der Dr. Freyer mit 1500 Rtlr. die Wittwe Teltow mit 1000 Rtlr. und die Havelbergsche Stadtcasse mit resp. 490 und 500 Rtlr. in Anse-

hung ihrer Capitals-Forderungen ohne Zinsen mit dem Haupt-Eisen Comptoir, in Ansehung der Capital-Forderung desselben von 452 Rtlr. 12 gr. 2 pf. ebenfalls ohne Zinsen, in die vorhandene und zu ihrer Befriedigung unzureichende Masse, sich nach Verhältniſs ihrer Capital-Forderungen theilen sollen, weil auf der einen Seite dem Fiscus der Vorzug, selbst vor den früher eingetragenen hypothekarischen Forderungen nach den bisherigen Gesetzen zustehet; — auf der andern Seite aber es den Gläubigern sehr zu verzeihen ist, daſs sie den Kaufmann Stammer für keinen fiscalischen Bedienten gehalten haben, und es überdieſs hart und unbillig seyn würde, diese Gläubiger, welche für die Sicherheit ihrer Darlehne durch gerichtliche Eintragung im Hypothekenbuche, im Vertrauen auf dasselbe, gesorgt haben, an der durch ihre Darlehne verbesserten Vermögens-Masse ganz auszuschliessen und solche dem Fiscus, der gar nichts für seine Sicherheit gethan hat, ganz zuzusprechen.

2) Daſs dagegen alle übrigen Gläubiger des Kaufmanns Stammer, welche erst später,

und

und da die Unzulänglichkeit des Vermögens ihres Schuldners bereits notorisch war, durch Erlangung hypothekarischer Rechte für ihre Sicherheit bedacht gewesen sind, von dieser Gnade auszuschliefsen.

Berlin d. 25. März 1802.

Friedrich Wilhelm.

An das General-Directorium
und den Grofs-Kanzler von
Goldbeck.

IV.

Die Gemeinde zu Carow verlangt die Hütungsgerechtigkeit auf einer dem Amte Nieder-Schönhausen gehörigen Wiese.

In den Jahren 1795 und 1796. hatte die Gemeinde zu Carow mit ihrer Guthsherrschaft einen Prozeſs in welchem erstere unter andern verlangte, daſs letztere ihr die Hütung auf der ihr zur Nutzung überlassenen Malchower Wiese einräumen sollte. In der erstern Instanz wurde die Gemeinde mit diesem Punkte völlig abgewiesen, in den Erkenntnissen der zweiten und dritten Instanz ward ihr aber vorbehalten,

> wegen dieser Wiese in Separato wider das Amt Nieder-Schönhausen, dem das Eigenthum derselben zusteht, Klage zu erheben.

Von dieser Befugnifs machte die Gemeinde am 29. Nov. 1801. Gebrauch, indem sie bei dem Kammergericht eine Klage einreichte, worinnen sie behauptete, diese Wiese schon vor dem Jahre 1727. öffentlich und bis vor einigen Jahren ununterbrochen behütet zu haben. Sie trug daher darauf an,

> dafs das beklagte Amt verurtheilt würde, die Hütung auf dieser Wiese alle Jahre von der Zeit, wo sie abgemähet wäre, bis Walburgis des jedesmaligen künftigen Jahrs zu gestatten und ihr die Prozefs-Kosten zu erstatten.

Das beklagte Amt widersprach diesem Antrage; es behauptete, dafs die Kläger diese Wiese nicht seit gedachter Zeit, wenigstens nicht öffentlich und bona fide behütet hätten, und dafs keine Verjährung gegen den Päahter zum Nachtheil des Eigenthümers, wie hier der Fall seyn würde, angefangen werden könnte.

Nachdem die von der Gemeinde zur Unterstützung ihrer Behauptung vorgeschlagnen Zeugen vernommen waren und die Instruction geschlossen war, überreichte die klagende Gemeinde am 19. Mai 1802. durch den Justizrath Buchholz ihre Deductionsschrift.

Deduction in Sachen der Gemeinde zu Carow, Klägerin, wider das Domainen-Amt Nieder-Schönhausen, Beklagte.

Bei dem Streit, ob die Kläger berechtigt sind, auf der Malchower Wiese zu hüten, kommt es

1) darauf an, in wie fern von denselben erwiesen worden, daſs sie seit undenklicher Zeit sich in dem Besitze dieses Hütungsrechts befinden? und ob sie ungestöhrt und ununterbrochen, öffentlich und im guten Glauben diese Hütung acquirirt haben?

Dieses Thema probandum hätte nicht leicht vollständiger erwiesen werden können, als im vorliegenden Falle geschehen.

Drei, beinahe achtzigjährige Alt-Sitzer bekunden einstimmig, und haben ihr Zeugniſs eidlich erhärtet, daſs sie von Jugend auf in Carow gewohnt, daſs stets von ihnen selbst und von den übrigen Mitgliedern der Gemeinde diese Wiese behütet worden, daſs dieses am Tage öffentlich geschehen, und daſs sie in dieser Hütung nie gestöhrt wordon, als bis im Jahre 1796. ihnen der jetzige Besitzer von Buch, der Staatsminister von Voſs die Hütung untersagt habe, wogegen sie aber auch sogleich klagbar gewor-

den. Sämmtliche Zeugen bekunden überdiefs, dafs auch schon vor ihrem Gedenken diese Hütung auf der in Rede stehenden Wiese exercirt sey, da ihnen diefs ihre Väter und Vorfahren stets versichert hätten. Der Zeuge Müller, welcher ehemals Hirte in Carow gewesen ist, bekundet die Hütung sehr bestimmt, und versichert noch dabei, dafs auch schon vor ihm sein Vater, der gleichfalls Dorfhirte gewesen, auf der in Rede stehenden Wiese das Vieh gehütet habe. Alle diese Angaben stimmen auch mit dem Inhalt des am 10. Jul. 1727. zwischen dem Markgrafen Christian Ludewig und dem Geheimen Etats-Rath von Viereck errichteten Pacht-Contract über diese qu. Wiese überein: denn in diesem Contract wird von dem Markgtafen, als damaligem Besitzer von Malchow zum Grunde der geschehenen Verpachtung ausdrücklich angeführt, dafs es wegen der von der Gemeinde zu Carow bisher ausgeübten Hütung geschehe. Hieraus ergiebt sich sehr klar, dafs die gedachte Gemeinde schon vor dem Jahre 1727. sich in dem Besitze der Hütung befunden, und die rechtliche Folge davon ist, dafs da der unvordenkliche Besitz einen jeden Besitzer auch für die Zukunft in der fernern Ausübung des Rechts schützt, die Kläger auch in demselben gelassen werden müssen. Hiezu kommt noch, dafs die Gemeinde

dieses Recht conditione onerosa ausgeübt hat, und mithin dasselbe auch durch einen Vertrag erworben hat: denn sämmtliche Zeugen bekunden, daſs die Gemeinde dafür dem Besitzer des Guths Buch drei Tage in der Erndte Dienste geleistet haben. Es kann daher von diesem seit unvordenklichen Zeiten herrührenden Besitzstande jetzt nichts abgeändert werden, sondern es müssen die Kläger durchaus darinn geschützt werden.

Eine

2te Frage ist, ob die Kläger durch Verjährung dieses Recht haben erwerben können, da die qu. Wiese seit 1727. verpachtet gewesen ist?

Das beklagte Amt glaubt die Verjährung finde hier nicht Statt, weil solche zum Nachtheile eines Guteigenthümers gegen den Pächter nicht angefangen werden könne.

Allgem. L. R. Th. I. Tit. 9. §. 521.

Dieser Rechtssatz kann aber auf die Kläger nicht angewendet werden: denn sie haben die Verjährung schon vor dem Jahre 1727. als der Eigenthümer Markgraf Cristian Ludewig die qu. Wiese selbst noch naturaliter besessen und benutzt hat, angefangen, und es kann ihnen daher gar nicht nachtheilig seyn, daſs der Eigenthümer solche nachher verpachtete. Das allegirte Gesetz dispo-

nirt nur, daſs keine Verjährung gegen den Pächter könne angefangen werden, und es versteht sich von selbst, daſs solche, wenn sie bereits angefangen war, gegen den Pächter fortgesetzt und vollendet werden kann. Denn Niemand kann durch willkührliche Veränderung seines Besitzstandes den Rechten des Andern nachtheilig werden, und der Grund, warum gegen den Pächter Verjährungen nicht angefangen werden sollen, liegt darinn, daſs der Eigenthümer leicht davon keine Kenntniſs erhalten, und so nach ihm keine Negligentia zur Last gelegt werden könnte. Da indessen die Kläger, wie selbst der Inhalt des Pacht-Contracts von 1727. versichert, schon zur Zeit als der Eigenthümer noch naturaliter die Wiese besaſs, sich im Besitze der Hütung befanden, mithin auch in conditione usucapiendi waren: so wuſste der Eigenthümer sehr wohl, was ihm zu thun obliege, wenn er anders den Besitz der Kläger nicht zu seinem Nachtheil ruhig belassen wollte. Allein seiner Seits geschah keine Unterbrechung des Besitzstandes, und die Kläger haben mithin auch wirklich die Verjährung vollendet.

Der Fiscus als gegenwärtiger Eigenthümer der qu. Wiese kann aber den Klägern um so weniger die nicht vollendete Verjährung entgegen setzen, da die Kläger, welche schon seit un-

vordenklicher Zeit ruhig besitzen, auch im Jahre 1740. sich in dem ruhigen Besitz-Stande befunden haben. Es ist hiebei bekannten Rechtens,

> daſs der vollständige ruhige Besitz eines Rechts im Jahr 1740. den Besitzer in allen Fällen gegen die Ansprüche des Fiscus schütze.
>
> Allgem. L. R. Th. I. Tit. 9. §. 641.

Hiernach ist nichts gewisser, als daſs die Kläger aus so mannichfaltigen, rechtlichen und hier ausgeführten Gründen ihr Recht wirklich durch Verjährung erworben haben, und daſs sie daher auf jeden Fall auch fernerhin in dem ruhigen Besitze der Hütung auf der qu. Wiese geschützt werden müssen.

Hiernach trage ich nochmals dahin an;

> den Anträgen der Kläger überall gemäſs zu erkennen, und dem Fisco die Erstattung der Kosten aufzuerlegen.

Berlin d. 16. Mai 1802.

Buchholz.

Ausführung der Gerechtsame des Fiscus nomine des Domainen-Amts Schönhausen, Verkl. wider die Gemeinde zu Carow, Klägerin.

Der Geheime Etats-Minister von Voſs, als

Gutsherr von Buch benutzt pachtweise die dem Domainen - Amte Nieder - Sthönhausen gehörige an das Buchowsche Feld grenzende Malchowsche Wiese. Auf diese Wiese behauptet die Gemeinde zu Carow ein Hütungsrecht zu haben, und hat, da Fiscus ihr selbiges nicht zugestehen will, ihren Klagantrag dahin gerichtet,

> ihr das Hütungsrecht auf dieser Malchowschen Wiese zuzuerkennen, dergestalt, daſs sie berechtigt sey, die Hütung auf dieser Wiese alle Jahre von der Zeit an, zu welcher selbige abgemähet worden, bis Walpurgis des jedesmaligen künftigen Jahrs zu exerciren.

Diese behauptete Hütungs - Befugniſs will die klagende Gemeinde lediglich durch die Verjährung rechtfertigen, und es fragt sich daher,

> ob alle Requisita vorhanden sind, welche die Erwerbung eines Rechts durch acquisitive Verjährung begründen können?

Zuvörderst muſs hierbei in Erwegung gezogen werden, daſs diese Wiesen, welche ehedem unmittelbar von dem Amte Nieder - Schönhausen benutzt worden, im Jahr 1727. dem damaligen Besitzer von Buch, dem Geheimen Etats - Rath von Viereck pachtweise überlassen worden, und daſs diese und seine Nachfolger ununterbrochen diese Pacht fortgesetzt haben, so wie sich denn

auch noch jetzt der Etats - Minister von Vofs im Besitz dieser Pachtstücke befindet.

Wenn nun nach gesetzlichen Grundsätzen eine Verjährung zum Nachtheil des Eigenthümers gegen den Pächter weder angefangen noch vollendet werden kann;

Allgem. L. R. Th. I. Tit. 9. §. 521.

so ist allein die Frage von Erheblichkeit,

ob die Kläger schon vor dem Jahr 1727. im ruhigen Besitze der Ausübung der qu. Hütungsbefugnisse sich befunden haben?

Dafs das factische Behaupten der Verpachtung der Malchowschen Wiesen an den Gutsbesitzer von Buch richtig sey, ergiebt sich aus dem Inhalte des Contracts vom 10. Jul. 1727. in welchem es ausdrücklich heifst:

dafs dem von Viereck der Genufs dieser Wiesen sub conditione überlassen werde, dafs dagegen ein Wispel Hafer jährlich an den Marstall richtig abgeführt werde.

Die daraus gezogene rechtliche Folgerung wird, wie schon bemerkt ist, durch die allegirte Stelle des Allgemeinen Landrechts gerechtfertigt, und kann es daher nur lediglich auf die Erörterung der factischen Frage ankommen,

ob der Beweifs des ruhigen, freien, und ungestöhrten Besitzstandes von dem Jahre 1727. geführt ist?

Die Kläger haben sich

1) auf den Inhalt des Contracts von 1727. und

2) auf die Aussagen mehrerer Zeugen bezogen,

welches alles aber nicht zur Begründung eines vollständigen Beweises hinreicht.

Erstlich ergiebt der Inhalt des allegirten Locations - Contracts gerade das Gegentheil von der Behauptung der Kläger: Es heiſst darin,

daſs diese Malchowschen Wiesen zu weit von Malchow entfernt liegen, und öfters von den Carowschen Bauern abgehütet worden,

daher man daraus eine Veranlassung zur Verpachtung nehme,

weil ohnedem die Hütung und die da herum befindliche Mast dem Guthe Buch zustehet, und die Carowschen Bauern auch besser im Zwang gehalten werden können.

Sowohl die Königliche Kammer als die Buchsche Herrschaft erkannten hierdurch, daſs der Carowschen Gemeinde das qu. Hütungsrecht nicht zustand, und daſs wenn öfters die Hütung exercirt und nicht gestöhrt worden, solches eben daher rühre, weil die Wiesen zu entfernt von Malchow liegen, und es daher, besonders da das

Buchsche Feld angrenzt, an Gelegenheit gemangelt, den Eingriffen in diese fremde Rechte Einhalt zu thun.

Kie [Kläger müssen den Inhalt dieses Documents eines Theils um so mehr gegen sich gelten lassen, als sie solches selbst allegirt haben, und andern Theils von der Königlichen Kammer keine solche Behauptung in dem Document aufgestellt werden konnte, wenn der Carowschen Gemeinde ein wirkliches Hütungsrecht zugestanden hätte.

Zweitens haben Kläger zwar mehrere Zeugen nahmhaft gemacht, und es bekunden auch die abgehörten drei Personen einstimmig,

dafs schon in ihrer frühesten Jugend, so weit sie zurückdenken können, die Malchowschen Wiesen, ausser der Schonzeit, beständig von der Carowschen Gemeinde öffentlich und ungehindert behütet worden.

Allein dem steht entgegen, dafs alle drei Zeugen mit den Klägern in genauen Verwandchaftsverhältnissen stehen, und mithin nach Vorschrift der allgemeinen Gerichts - Ordnung Th. I. Tit. 10. §. 228. n- 10. nicht vollen Glauben verdienen. Ferner bekunden sie nur von einem Zeitraum von ungefähr sechzig Jahren, mithin reichen ihre Aussagen nur bis zum Jahr 1740. zurück, und von der Zeit an ist die Art der

geschehenen Ausübung der Hütung durchaus gleichgültig, weil nach obigen Grundsätzen gegen den Pächter nicht verjähret werden konnte.

Unter diesen Umständen bleibt der Haupt-Umstand, welcher allein die Forderung der Kläger rechtfertigen und begründen könnte, unerwiesen, und da ausserdem keine Beweismittel ferner angegeben sind; so kann ich nomine Fisci dahin mit Recht allerunterthänigst antragen,

die Kläger mit ihrer Klage lediglich abzuweisen und sie in sämmtliche Kosten zu verurtheilen:

Ehrfurchtsvoll ersterbe ich

Ew. Königl. Majestät

Berlin d. 13. Jun., 1802.

allerunterthänigster

Michaelis.

Bescheid

in Sachen der Gemeinde zu Carow, Klägerin, wider das Domainen-Amt Niederschönhausen, in Assist. Fisci, Verkl.

Dafs zuvörderst der Justizrath Buchholz bei zwei Thaler Strafe gehalten, sich binnen 8 Tagen durch Beibringung einer gesetzlichen Voll-

macht zu diesem Prozesse zu legitimiren, demnächst und hauptsächlich der klagenden Gemeinde das Recht

die sogenannte Malchowsche Wiese jährlich mit Ausschluſs der Schonzeit vom 1. Mai bis nach geendigter Heuerndte zu behüten,

zuzusprechen, und das verklagte Domainen-Amt schuldig sich aller Beeinträchtigungen dieses Rechts zu enthalten, und der klagenden Gemeinde die in diesem Prozesse gehabten Auslagen zu erstatten.

Die Instructions- und Urtels-Gebühren werden niedergeschlagen.

V. R. W.

Gründe.

Die klagende Gemeinde hat dargethan, daſs sie das Hütungsrecht auf der sogenannten Malchowschen Wiese, mit Ausschluſs der Zeit vom ersten Mai bis nach geendigter Heu-Erndte jeden Jahres seit unvordenklicher Zeit ausgeübt.

Der Altsitzer Dennewitz aus Buch 77 Jahr alt, deponirt

ich wohne von je her im Dorfe Buch, und kann seit 60 Jahren genau denken. Schon vor dem siebenjährigen Kriege weiſs ich, daſs die mir wohl bekannte Malchower-Wiese ausser der Schonzeit, das

heifst vom 1. Mai bis das Heu heruntergebracht ist, beständig mit dem Carowschen Dorfvieh behütet worden. Diese Gemeinde behütete diese Wiese ganz öffentlich, auch wüste ich nicht, dafs sie je gepfändet worden. Von meinem 82 Jahre alt gewordenen Vater habe ich auch gehört, dafs diese Wiese jederzeit in der von mir angegebenen Art behütet worden.

Eben so deponiren die Zeugen Callberg und Müller ganz einstimmig, dafs die Gemeinde zu Carow seit Menschengedenken auf der im Streit befangenen Wiese ihr Dorfvieh weiden lassen. Sie haben zwar Verwandte unter den Mitgliedern der klagenden Gemeinde, aber kein eigenes Interesse bei der Sache, und sind daher als Beweiszeugen zulässig;

§. 228. n. 10. Tit. X. Proz. Ordn.

und machen in Verbindung mit dem durchaus unverwerflichen Zeugen Dennewitz einen vollen Beweifs.

Die Erfordernisse der unvordenklichen Verjährung

1) Possessio per tempus, hominum memoriam excedeus, continuata, ita ut
2) ejus injustitia doceri nequeat.

Hellfeldt, jurisprud. Foreus. §. 1774.

sind demnach vorhanden.

Der Einwand des Verklagten, daſs die Verjährung gegen einen Pächter zum Nachtheil des Verpächters nicht anfangen könne, paſst hier gar nicht, wo von einer Verjährung die Rede ist, deren Anfang Niemand wissen kann; und so folgert der Verklagte auch ganz irrig aus dem Pacht-Contract von 1727., der über die streitige Wiese zwischen dem Markgrafen Christian Ludewig und dem Geheimen Staatsrath von Viereck, als damaligem Besitzer von Buch errichtet worden, daſs die klagende Gemeinde zur Zeit der Errichtung dieses Contracts sich nicht im fehlerfreien Besitzer des qu. Hütungsrechts befunden habe.

Denn wenn gleich in diesem Contract als Veranlassung der Verpachtung der Malchowschen Wiese unter andern auch angeführt wird, daſs dieselbe von den Carowschen Bauern öfters abgehütet worden, und daſs diese Bauern von dem Gute Buch aus besser in Zwang gehalten werden können: so kann dieſs doch nur so verstanden werden, daſs die Carowschen Bauern auch zuweilen während der Schonzeit die qu. Wiese behütet hätten; wenigstens ist dadurch der directe Beweis nicht geführt, welcher dem Verklagten obgelegen hätte, um die aus dem unvordenklichen Besitze für die Rechtmäſsigkeit desselben entspringende Vermuthung zu elidiren,

ren, und überdem wissen die oben erwehnten Zeugen aus ihrer Väter und Grefsväter Munde, dafs die Gemeinde zu Carow lange vor 1727. ungestöhrt öffentlich und im guten Glauben die Malchowsche Wiese mit ihrem Vieh behütet habe.

In Rücksicht der Modificationem des von den Klägern prätendirten Hütungsrechts hat übrigens der Verklagte auch eventualiter nichts erinnert. Als unterliegender Theil mufs er den Klägern die Auslagen erstatten,

Proz. Ordn. Tit. 35. §. §. 26. 27.

und es ist daher wie geschehen, zu erkennen gewesen.

Gegen diesen, den 21. Jun. 1802. publicirten Bescheid, wandte der Hoffiscal Michaelis als Assistent des beklagten Amts am 10. Jul. das Rechtsmittel der Apellation ein.

Appellations - Bericht
in Sachen des Domainen-Amts Niederschönhausen Verkl. und Appellanten gegen die Gemeinde zu Carow, Klägerin und Appellatin.

Das in Sachen der Gemeinde zu Carow

Klägerin gegen das Domainen-Amt Nieder-Schönhausen in assistutia Fisci, Verkl. am 21. Jun. a. c. publicirte Erkenntnifs ist für gedachtes Amt darin nachtheilig ausgefallen, dafs

1) der klagenden Gemeinde das Recht die Malchowsche Wiese jährlich mit Ausschlufs der Schonzeit vom 1. Mai an bis nach geendigter Heu-Erndte zu behüten, zugesprochen, und

2) auch das Amt in die Erstattung sämmtlicher Kosten condemnirt worden.

Fiscus hat sich bei dieser Lage der Sache genöthigt gesehen gegen das Erkenntnifs das Rechtsmittel der Appellation einzuwenden, und seine Gravamina gegen den ganzen vorgedachten Inhalt des Bescheides zu richten.

Zur Unterstützung derselben hat Fiscus weder neue Thatsachen, noch neue Beweismittel anzuführen; indessen rechtfertigen sich selbige nach der bereits ausgemittelten Lage der Sache vollkommen.

Die klagende Gemeinde hat ihre behanptete Hütungsbefugnifs lediglich ex capite Praescriptionis zu begründen gesucht, und da sonst kein anderweitiges Fundament der Klage angegeben ist: so kommt es bei Entscheidung der Sache lediglich darauf an:

ob alle Requisita vorhanden sind, welche

die Erwerbung eines Rechts durch acquisitive Verjährung begründen können?

Der Bescheidsverfasser erster Instanz hat diese Verjährung nachgewiesen gefunden, und bemerkt deshalb in den Gründen:

die klagende Gemeinde hat dargethan, daſs sie das Hütungsrecht auf der sogenannten Malchowschen Wiese, mit Ausschluſs der Zeit vom 1. Mai bis nach geendigter Heu-Erndte jeden Jahrs, seit unvordenklicher Zeit ausgeübt habe,

und sucht dieses durch die Aussagen des Altsitzers Dennewitz und der Zeugen Collberg und Müller zu rechtfertigen, welche einstimmig bekunden,

daſs die Gemeinde zu Carow seit Menschengedenken auf der im Streit befangenen Wiese ihr Dorfvieh haben weiden lassen.

Wenn man dieſs als Resultat der Aussagen sämmtlicher Zeugen annimmt: so scheint es, als ob eine Immemorial - Praescription zum Grunde liege, und daher ist auch das ganze Raisonnement des Urtelsfassers hergeleitet, da er besonders bemerkt,

daſs Possessio per tempus, hominum memorian excedens, continuata, ita ut ejus injustitia doceri nequeat, hinlänglich erwiesen sey.

Das Resultat ist aber nicht richtig aus den Zeugenaussagen entnommen, und kann unmöglich dadurch der Beweis einer unvordenklichen Verjährung als geführt angenommen werden.

Der Zeuge Collberg erwähnt zwar eines 70 jährigen Zeitraums, seit dem seines Wissens von der Gemeinde zu Carow auf der Malchowechen Wiese gehütet worden, — will auch solches von mehrern alten Leuten und seinen Groſs-Eltern gehört haben, — und von einem gleichen Zeitraum sprechen die Zeugen Müller und Dennewitz; allein diese Zeugen verdienen nicht vollen Glauben.

a) Sind selbige Väter und Schweizerväter von den Mitgliedern der klagenden Gemeinde und Altsitzer im Dorfe Carow.

Sie gehören mithin zu denen Personen, von denen die Allgem. Ger. Ordnung Tit. X. §. 228. Nro. 11. sagt

> Altsitzer, Inlieger und Hausleute sind nicht als Mitglieder der Gemeine anzusehen; jedoch ist ihren Aussagen für die Gemeine, in welcher sie sich aufhalten, vollständige Beweiskraft nicht beizulegen.

b) Haben sich selbige auch schon anderweitig verdächtig gemacht.

Ich muſs in dieser Hinsicht bemerken, daſs die

klagende Gemeinde schon früher ihr behauptetes Hütungsrecht gegen ihre Herrschaft den Etats-Minister von Voſs geltend zu machen gesucht hat, mit diesem Antrage gegen den Minister von Voſs aber deshalb abgewiesen ist, weil dieser nicht Eigenthümer, sondern nur Erbpächter der Malchowschen Wiese ist. Bei dieser Gelegenheit behauptete sie gleichfalls die Verjährung für sich zu haben und brachte dieselben Zeugen in Vorschlag, die im gegenwärtigen Prozesse wider den Fiscus vernommen sind.

Diese sind auch damals vernommen, haben aber bei weitem nicht von einem so allgemeinen und seit Menschengedenken begründetem Rechte der Gemeinde gesprochen, als jetzt geschehen ist. Sie äusserten dort nur, daſs sie, seit der Zeit sie denken könnten, das Vieh auf der Malchowschen Wiese weiden gesehen; — sie reden daher nur von einer bestimmten Zeit, nicht von einem temporis spatio hominum memoriam excedente. Dieser Widerspruch in ihren Aussagen macht die genannten Zeugen unbezweifelt verdächtig, und wenn das Gesetz, wie vorgedacht, ihnen schon an und für sich nicht volle Beweiskraft beilegt: so muſs dieser Umstand noch den geringern Grad der Glaubwürdigkeit schwächen.

Aus allen diesen Umständen wird so viel hervorgehen,

daſs der Beweiſs einer Immemorial-Praescription nicht geführt ist.

Alles was aus den Aussagen der genannten Zeugen, dem Einzigen, was die Kläger für sich haben, — hervorgeht, ist höchstens eine Vermuthung, daſs das Hütungsrecht innerhalb der Zeit des Alters der Zeugen exercirt worden.

Diese Vermuthung reicht aber noch nicht hin, um

a) bei der pro libertate naturali praedii streitenden Praesumtion die Existenz einer durch Verjährung erworbenen Servitutis pascendi als erwiesen anzunehmen, und ohne alle weitere Gründe der klagenden Gemeinde diese Hütungsbefugnisse zuzusprechen.

b) Diese Vermuthung wird aber auch noch durch folgenden Umstand geschwächt.

Die Malchowsche Wiese, welche ein Eigenthum des Domainen-Amts Nieder-Schönhausen ist, und ein Pertinens vom Dorfe Malchow ausmacht, wurde von dem Markgraf Christian Ludewig, besage des Contracts vom Jahr 1727. dem Besitzer des Guthes Buch verpachtet, und in dem Contract als Grund dieser Verpachtung angegeben,

daſs diese Malchowsche Wiese zu weit von Malchow entfernt liege, und öfters von den Carowschen Bauern abgehütet werde — weil ohnedem die Hütung und die herum befindliche Mast dem Gute Buch zustehet, und die Carowsche Bauern auch besser im Zwange gehalten werden können.

Sowohl der damalige Verpachter als die Buchsche Herrschaft erkannten hierdurch, daſs der Carowschen Gemeinde das qu. Hütungsrecht nicht zustand, und daſs, wenn etwa die Hütung exercirt und nicht gestöhrt worden, solches eben daher rühre, weil die Wiese zu entfernt von Malchow liege, und es daher besonders, da das Buchsche Feld angrenzt an Gelegenheit gemangelt, den Eingriffen in diese fremde Rechte Einhalt zu thun. Sollte es daher auch als wahrscheinlich angenommen werden, daſs die Carowsche Gemeinde dort ihr Vieh gehütet: so muſs doch die Behauptung, daſs solches öffentlich und mit Recht geschehen, durch das Angeführte als völlig widerlegt angesehen werden. Wäre es ungehindert geschehen: so liegt der Grund blos darinn, weil es nicht möglich gewesen, die Hütenden sogleich zu pfänden, und kann mithin hieraus unmöglich ein Recht deducirt werden. Allein es ist nicht dargethan, daſs dieses Hüten

vor dem Jahre 1727. beständig fort, frei und öffentlich geschehen sey, da die Lebensjahre der Zeugen nur ohngefähr bis zum Jahr 1727. oder 1730. reichen.

Es ist sonderbar, daſs der Urtelsfasser erster Instanz diese Stelle des Pachtvertrages so interpretiren will, als ob darinn blos von einem Uebertreten des Rechts während der Schonzeit die Rede sey, ungeachtet sich auch nicht die mindeste Veranlassung findet, diese restrictive Erklärung zu machen, und der Ausdruck,

die Wiesen seyen öfters von den Carowschen Bauern abgehütet, gar keinen bestimmten einzelnen Zeitpunkt in sich faſst.

Ob nun nach dem Jahre 1727. die Hütung auf der Malchowschen Wiese von der Carowschen Gemeinde exercirt worden oder nicht, und ob solches heimlich oder öffentlich und ungehindert geschehen, ist ein durchaus unerheblicher Umstand. Seit diesem Zeitpunkte wurde diese Wiese dem Guthsbesitzer von Buch pachtweise überlassen; die Nachfolger im Besitz haben diese Pacht continuirt, und noch jetzt befindet sich der Geheime Etats-Minister von Voſs in dem Besitze dieser Wiese.

Nach gesetzlichen Grundsätzen kann nun eine Verjährung gegen den Pächter zum Nachtheil des Eigenthümers nicht angefangen werden,

Allgem. L. R. Th. I. Tit. 9. §. 521.
und also auch keine Vollendung erfolgen. Mithin ist es durchaus gleichgültig, was während dieser Pachtzeit geschehen ist. Judex a quo, der alles zum Vortheil der Kläger auslegt, vermeint auch hiebei, daſs auf diesen Umstand nichts ankomme, weil hier nicht von einer gewöhnlichen Verjährung, sondern von einer immemoriali praescriptione die Rede sey. Gerade dieſs ist aber falsch: denn auf diesen Fall müſste nachgewiesen seyn, daſs schon vor dem Jahre 1727. das qu. Hütungsrecht durch Praescription erlangt gewesen sey, und dieſs läſst sich aus den unbestimmten Aussagen der ohnehin nicht glaubwürdigen Zeugen, nicht entnehmen, die um die Zeit des Jahrs 1727. erst gebohren wurden.

Haben Kläger nun den Beweiſs der Verjährung oder der sonstigen Acquisition ihres Rechts nicht geführt: so fällt auch ihre Klage von selbst weg, und trage ich aus diesen Gründen dahin nomine Fisci allerunterthänigst an:

reformatorie zu erkennen, und die Kläger mit ihrer Klage, compensatis expensis, lediglich abzuweisen.

Im schlimmsten Falle kann doch nur auf eine Hütungsgerechtigkeit in Absicht der Pferde und des Rindviehs erkannt werden, da die im jetzigem Prozesse abgehörten Zeugen ausdrücklich

bekundet haben, daſs mit Schafen, Schweinen und Gänsen nicht gehütet worden, daher denn eventualiter das Urtel erster Instanz hiernach zu berichtigen seyn wird.

Uebrigens bitte ich,

diesen Appellations-Bericht dem Gegentheil ad Rededucendum zufertigen zu lassen.

Ehrfurchtsvoll ersterbe ich

Ew. Königl. Majestät

Berlin d. 13. Oct. 1805.

allerunterthänigster

Michaelis.

Gegen-Deduction
in Appellatorio in Sachen der Gemeine zu Carow, Kläg. jetzt Appellatin wider den Fiscum, Verklagten und Appellanten.

Die Appellations-Beschwerden des Fisci bestehen darinn,

1) daſs der klagenden Gemeinde das Hütungsrecht auf der sogenannten Malchower Wiese mit aller Art von Vieh zuerkannt worden ist, und

2) daſs der Fiscus sämmtliche Kosten resp. bezahlen und erstatten soll.

Die Gründe, die der Deducent angeführt hat, concentriren sich darauf,

1) daſs durch die abgehörten Zeugen keine Immemorial - Praescription dargethan,

2) daſs die abgehörten Zeugen nicht völlige Glaubwürdigkeit verdienen, daſs also durch deren Aussagen das Thema Probandum nicht eruirt sey, und

3) daſs nach Vorschrift des Landrechts Th. I. Tit. 9. §. 521. da die Wiese qu. verpachtet gewesen, die Verjährung nicht eintreten könne.

Alle diese aufgestellten Gründe halten aber keine Prüfung aus. Der Altsitzer Johann Collberg, 78 Jahr alt, ist in Carow gebohren und erzogen und dieser bekundet bestimmt, daſs die Gemeinde zu Carow die Malchower Wiese, so lange er denken kann, mit allen Arten von Vieh behütet hat, und daſs er der Zeuge, da er ein Knabe von 7 bis 8 Jahren gewesen, selbst die Heerden auf dieser Wiese geweidet habe.

Der Zeuge Michael Müller, 71 bis 72 Jahr alt, weiſs, daſs die Wiese qu. seit Menschen Gedenken von der Gemeinde zu Carow sey behütet worden, und daſs er diese selbst, als er 6 bis

7 Jahr alt gewesen, solche mit den Heerden besagter Gemeinde behütet habe.

Der Bauer Michael Dennewitz 77 Jahr alt, welcher mit keinem Mitgliede der klagenden Gemeinde verwandt ist, und also qua talis als ein über alle Einwendungen erhabener Zeuge zu betrachten ist, — sagt, daſs er seit 60 Jahren denken und auch von eben dieser Zeit bezeugen könne, daſs die Gemeinde zu Carow die streitige Malchower Wiese, ohne alle Einschränkung, ausser der Schonzeit behütet habe.

Durch diese drei Zeugen-Aussagen, wenn auch die beiden ersten genannten nicht als völlig glaubwürdig betrachtet werden könnten, — steht doch unbedenklich die Behauptung der klagenden Gemeinde dahin fest,

daſs selbige seit Menschengedenken die Hütung auf der sogenannten Malchower Wiese exercirt habe,

und hieraus folgt eben so unbedenklich, daſs selbige auch bei der daraus flieſsendnn Befugniſs geschützt werden müsse.

Die von dem Deducenten in der Appellations-Deduction angeführte Stelle des

Allgem. L. R. Tit. 9. §. 521.

kann auf den vorliegenden Fall nicht Anwen-

dung finden. Denn die Verjährung hat schon vor dem Jahre 1727. angefangen, als der Eigenthümer Markgraf Christian Ludewig, diese Wiese qu. noch naturaliter besessen und benutzt hat; es kann daher auch der klagenden Gemeinde nicht nachtheilig seyn, daſs der vorige Besitzer demnächst die Wiese im Erbpacht gegeben hat.

Diese Behauptung rechtfertigt sich auch durch den Pacht-Contract von 1727. Der verklagte Fiscus kann aber in dem vorliegenden Falle der klagenden Gemeinde um so weniger die nicht vollendete Verjährung entgegen setzen, da sich die Kläger erwiesener maſsen, im Jahr 1740. in dem ruhigen Besitzstande befunden haben.

Nun disponiren aber sowohl ältere Gesetze, als auch namentlich das Landrecht

Th. I. Tit. 8. §. 641.

daſs der vollständige ruhige Besitz eines Rechts im Jahr 1740. den Besitzer in allen Fällen gegen die Ansprüche des Fiscus schütze.

Hiernach ist nichts gewisser, als daſs die klagende Gemeinde bei ihren wohl erworbenen Rechten geschützt werden müsse, und ich trage dahin an,

das Erkenntniſs der ersten Instanz lediglich zu bestätigen, und den Appellanten in resp.

Bezahlung und Erstattung sämmtlicher Kosten zu verurtheilen.

Berlin d. 2. Nov. 1803.

Buchholz.

In Appellations - Sachen des Fisci nomine des Domainen - Amts Nieder - Schönhausen, Beklagten, jetzt Appellanten, wider die Gemeine zu Carow, Klägerin jetzt Appellatin,

Erkennt der Ober - Appellationssenat des Königl. Kammergerichts den verhandelten Acten gemäſs hiemit für Recht,

daſs Formalia Appellationis zwar für richtig anzunehmen, in der Sache selbst aber das Erkenntniſs erster Instanz de publ. d. 21. Jun. 1802. lediglich zu bestätigen, auch Appellant die Kosren dieser Instanz den Appellaten zu ersetzen gehalten, demselben jedoch wegen der praetendirten Einschränkung der zuerkanten Hütungsgerechtigkeit auf Pferde und Rindvieh competentia in Separato vorzubehalten.

V. R. W.

Gründe.

Die Lehrer des gemeinen Rechts sind darüber sehr uneinig, ob die Servitutes rusticae,

worunter die Servitus pascendi gehört, nur durch Immemorial-Besitz praescribirt werden können, oder ob zu deren Praescription in Ermangelung eines Tituli Possessionis schon die Praescriptio longissimi temporis hinreiche. Die erstere Meinung vertheidigen unter andern,

Stryck in Usu modern. Lib. VIII. Tit. I.

Cramer in Wetzlarschen Nebenstunden Th. 14. St. 3.

und sie ist auch nach dem Zeugnisse dieser Schriftsteller bei dem Reichs-Kammergericht angenommen worden.

Der letztern dagegen sind,

Rave in Princ. Doctr. de Praescriptione §. 71.

Leyser in Medit. ad Pand. Spec. CVIII.

zugethan. In denjenigen Fällen, wo die recepirten fremden Gesetze verschieden ausgelegt werden und zweifelhaft sind, soll nach dem Publ. Patent vom 5. Febr. 1794. die Meinung des Allgem. L. R. auch bei Entscheidung früherer Fälle zum Grunde gelegt werden, und hiernach muſs man in Gemäſsheit des §§. 579. und 625. Tit. IX. P. I. unbedenklich annehmen, daſs ein unvordenklicher Besitz zur Erwerbung einer Rustical-Servitut, auch ehe das Allgem. L. R. Gesetzeskraft erhalten, nicht wesentlich nothwendig war, sondern daſs der Besitz der längsten

Zeit schon dazu hinreichte, welchen Grundsatz auch nach

Hymmens Beyträgen, Samml. 2. S. 24.

schon vorher das Ober-Tribunal in seinen Entscheidungen angenommen hat.

Eine solche Praescriptio longissimi temporis haben aber Appellaten in Ansehung der behaupteten Servitut auf des Appellanten Wiese dargethan: denn sämmtliche in erster Instanz vernommene Zeugen, die auch im Allgemeinen bei ihrer frühern Vernehmung gleichmäſsig deponirt haben, stimmen darin überein, daſs die klagende Gemeine auf der so genannten Malchowschen Wiese ihr Dorfvieh öffentlich und ungestöhrt gehütet, und zwar bekundet dieſs der Dennewitz ungefähr von einem 50 jährigen, der Collberg von einem 60 jährigen, und der Müller auch von einem 50 jährigen Zeitraum. Zwar ist dieser letztere während der Zeit 16 Jahr abwesend gewesen; indessen folgt hieraus nichts zum Vortheil des Verklagten, da er ausgesagt hat, daſs er auch gehört, wie während seiner Abwesenheit die Carowsche Gemeine das Hütungs-Recht darauf exercirt, hiemit auch die Depositionen der andern vernommenen Zeugen übereinstimmen, und über dieſs die Vermuthung dafür streitet, daſs auch in der Zwischenzeit die Hütung von Seiten der Kläger auf der Malchowschen

schen Wiese erfolgt ist. Der erstere von diesen Zeugen hat erweifslich auch nicht ein entferntes Interesse bei dem Ausfalle dieser Sache, und es steht der Glaubwürdigkeit seiner Aussage auch selbst nicht das Mindeste im Wege, daher man diesen als einen vollkommen glaubwürdigen Beweiszeugen gelten lassen mufs. Die beiden andern sind zwar mit einzelnen Mitgliedern der klagenden Gemeine sehr nahe verwandt; indessen kann diefs Verhältnifs ihrer Glaubwürdigkeit wenig Abbruch thun, da sie als sehr alte Leute allein und am besten über die Hütung der Carowschen Gemeine auf der Malchower Wiese ein Zeugnifs ablegen können, ihre Aussagen auch mit der Deposition des ganz unverdächtigen Zeugen Dennewitz überesnstimmen, und überdiefs das Interesse, welches die einzelnen Mitglieder bei dem Ausfalle dieses Prozesses habeu, nicht von grofsem Belange seyn kann. In dieser Hinsicht kann man wenigstens ihren Aussagen zusammen genommen so viel Beweiskraft einräumen, als eines ganz unverdächtigen Zeugen, und alsdann ist als vollständig erwiesen anzunehmen, dafs die Kläger wenigstens 44 Jahr vor dem 1ten Jun. 1794. das Hütungsrecht auf der Malchower Wiese ungestöhrt und öffentlich ausgeübt. Da übrigens vermuthet wird, dafs sie sich dabei in bona fide befunden, und

von dem Verklagten das Gegentheil mit nichts dargethan ist: so haben sie hierdurch die Hütungsgerechtigkeit praescribirt.

Eines Tituli bedarf es bei der 40 jährigen Verjährung nicht, und es kann auch dem Verklagten nicht zu statten kommen, daſs während der angeführten Verjährungsfrist, die qu. Wiese verpachtet gewesen, da bei der Praescriptione longissimi temporis nach gemeinem Rechte, welches in gegenwärtigem Falle, da die Verjährungsfrist vor der Gesetzeskraft des Allgemeinen Landrechts abgelaufen, in Gemäſsheit des Publications-Patents vom 5. Febr. 1794 §. 11. allein Anwendung finden muſs, — derjenige, gegen welchen praescribirt werden soll, ignorantiam nicht für sich anführen kann,

Rave l. c. §. 19.

welches um so mehr hier Statt finden muſs, da die Vorbesitzer des Verklagten bei der Verpachtung, wie sich aus dem Contract vom 10. Jul. 1727. ergiebt, sehr wohl wusten, daſs die klagende Gemeine auf der qu. Wiese vorher gehütet und es also eine nicht zu entschuldigende Nachlässigkeit von ihrer Seite war, wenn sie sich nachher nicht weiter darnach erkundigten und dagegen, in so fern sie die Hütung für widerrechtlich hielten, keine Maaſsregeln ergriffen. Sollte indessen auch dieser Einwand für erheb-

lich zu achten seyn: so würde doch selbst in diesem Falle den Klägern die Hütungsgerechtigkeit zuerkannt werden müssen. Die angeführten Zeugen sind sämtlich sehr alte Leute und haben einstimmig ausgesagt, daſs so lange sie denken können, die Kläger sich in dem Besitze der Hütungsgerechtigkeit auf der Malchowschen Wiese befunden und Dennewitz und Collenberg haben noch ausserdem bekundet, daſs sie auch von ihren Vorfahren, und zwar Ersterer von seinem Vater und Letzterer von seinen Groſs-Eltern gehört, daſs die Carowsche Gemeine die qu. Wiese immer behütet habe. Ausserdem geht auch aus dem Contract vom 10. Jul. 1727. hervor, daſs die klagende Gemeine bereits vor dem Jahre 1827. die Malchowsche Wiese behütet. Man muſs also auch annehmen, daſs seit undenklichen Zeiten, und besonders vor der eingetretenen Verpachtung die Carowsche Gemeine sich schon im Besitz der Hütungsgerechtigkeit befunden, und da bona fides immer praesumirt wird: so haben sie hierdurch ohne Zweifel die Servitus Pascendi acquirirt, wenn sie gleich keinen Titel für sich anführen können:

Leyser l. c. Spec. 460.

Zwar behauptet Verklagter, daſs der Contract vom 10. Jul. 1727. gegen die Kläger beweise, weil darinn angeführt sey, daſs sie unrechtmäſsi-

ger Weise auf der Malchowschen Wiese gehütet, und sie dessen Inhalt überhaupt gegen sich gelten lassen müſsten, weil sie sich selbst darauf berufen. Allein dieser Einwand ist völlig unerheblich: denn jene Bemerkung, daſs die Kläger unrechtmäſsiger Weise auf der Malchowschen Wiese gehütet, ist eine bloſse Meinung und Prival - Urtheil des Vorbesitzers des Beklagten, welches den Klägern in keinem Falle praejudciren könnte, und es ist auch gar nicht dargethan, daſs die Kläger von dem Inhalt des qu. Documents vor dem Ablaufe der Verjährungsfrist Kenntniſs gehabt. Nachher aber konnte es ihnen durchaus nicht schaden, wenn sie auch in mala fide waren.

Leyser l. c. Spec. 455.

Aus diesen Gründen hat unbedenklich auf Bestätigung des ersteren Urtels erkannt werden müssen. Dabei kann es weiter nicht darauf ankommen, in wie fern Klägere auch ihr Recht zur Hütung auf den ruhigen Besitzstand vom Jahre 1740. gründen können, welcher Besitz übrigens in gegenwärtigem Falle nichts entscheiden kann, da von ihnen nicht dargethan worden, daſs Fiscus in jenem Normal-Jahre schon Eigenthümer der Malchowschen Wiese gewesen, und vielmehr, da bekanntlich die Besitzungen der Markgrafen von Schwedt erst späterhin wieder mit

der Krone vereinigt worden, das Gegentheil anzunehmen ist, in diesem Falle aber der §. 641. Tit. IX. P. I. des Allgem. L. R. keine Anwendung finden kann.

Die Hütungsgerechtigkeit der Kläger auf Pferde- und Rindvieh einzuschränken, worauf Fiscus eventualiter angetragen, hat um deswillen im gegenwärtigen Erkenntnisse nicht geschehen können, da dieser Punkt noch gar nicht zur Contestation gekommen und die Kläger doch unbedenklich erst mit ihren etwanigen Einwendungen dagegen gehört werden müssen, dieselben auch ohne ihr Verschulden sonst eine Instanz verlieren würden. Dem Appellanten hat daher bloſs das Separatum in dieser Hinsicht vorbehalten werden können.

Was endlich die Protestation des Ministers von Voſs gegen die den Klägern zuerkannte Hütungsgerechtigkeit betrift: so ist es einleuchtend, daſs diese den Klägern in gegenwärtigem Prozesse nicht nachtheilig seyn kann, da die von ihm angeblich acquirirte Hütungs-Gerechtigkeit auf der Malchowschen Wiese einen Dritten, welcher eine gleiche Gerechtigkeit auf eben diesem Revier erworben, nicht ausschlieſsen und ihn höchstens berechtigen kann, vom Eigenthümer des Praedii servientis den dadurch ihm verursachten Schaden ersetzt zu verlangen, auch

in den ergangenen frühern Judicaten ausdrücklich den Klägern das Separatum gegen den jetzigen Verklagten vorbehalten worden.

Wegen der Verurtheilung des Fiscus in der Hauptsache sind die Kosten erster Instanz demselben ganz rechtlich auferlegt worden. Hierbei muſs es daher verbleiben, und ist er auch wegen der Unerheblichkeit seiner Beschwerden die Kosten dieser Instanz den Appellaten zu ersetzen verpflichtet. Es hat daher überall, wie geschehen erkannt werden müssen.

v. Wickersloot.

Der Fiscus revidirte gegen dieses am 10. Jan. 1804. publicirte Erkenntniſs. In der Deductionsschrift werden die in der zweiten Instanz angeführten Gründe in der Hauptsache wiederholet, daher ich nur dasjenige mittheilen will, was der Deducent beigebracht hat, um zu erweisen, daſs die jetzige Klage wider den Fiscus ganz unstatthaft sey, weil selbige gegen ihn zu frühzeitig angestellt worden.

So lange als der Pacht-Contract mit dem Besitzer von Buch dauert, hat der Fiscus offenbar kein Recht der Disposition über das Nutzungsrecht der in Rede stehenden Malchow-

schen Wiese. Vermöge des Pacht - Contracts ist die Benutzung der Wiese dem Pächter abgetreten, und Fiscus als Verpächter kann so wenig dessen Rechte einschränken, als wenig er nachher im Stande ist, dem Ansinnen der Kläger gemäſs, ihnen ein Hütungsrecht auf dieser Wiese zu gewähren. So lange der Pacht - Contract dauert, ist der Pächter die einzige Person, der ein gesetzmäſsiges Widerspruchsrecht zustehet, ist der Einzige der dem Urtel Folge leisten kann, und gegen den die Sache daher ausgeführt werden muſs.

Leyser in Meditat. ad Pand. Spec. 216.

Allgem. Ger. Ordn. Th. I. Tit. 17. §. 40.

Die Kläger sind aber schon gegen den Geheimen Etats - Minister von Voſs mit dieser Klage rechtskräftig abgewiesen und können daher keine mehree desfalsigen Rechte ferner gegen denselben geltend machen.

Künftige Rechte, die nach aufgehobener Pacht gegen den Fiscus geltend gemacht werden könnten, dürfen jetzt noch kein Gegenstand richterlicher Entscheidung abgeben, wozu noch überdieſs kommt, daſs wenn jetzt gegen den Fiscum erkannt wird, demselben, wenn die Pacht aufgehört haben wird, auf dem Grunde des Patents vom 5. Febr. 1794. §. 9. und des Allgem. L. R. Th. I. Tit. 9. §. 531. die Wieder-

einsetzung in den vorigen Stand angedeihen muſs.

Die jetzigen Verhandlungen haben daher so wenig Zweck, daſs sie von keinem Nutzen für diesen oder jenen seyn können.

Aus allen diesen Gründen trage ich daher allergehorsamst an,

reformatorie zu erkennen und die Kläger mit ihrer Klage überall abzuweisen.

Ehrfurchtsvoll ersterbe ich

Ew. Königl. Majestät

Berlin d. 13. Mart. 1803.

allerunterthänigster

Michaelis.

Am 29. Jun. 1803. ward hierauf das Revisions-Erkenntniſs publicirt.

In Sachen des Domainen-Amts Malchow in Assistentia Fisci, Beklagten modo Revidenten, entgegen und wider die Gemeine zu Carow, Kläger modo Revisen

Erkennen und sprechen Wir Friedrich Wilhelm von Gottes Gnaden, König von Preussen etc. den ergangenen Acten gemäſs hiemit für Recht:

Daſs Formalia Revisionis richtig, qua Materialia aber es bei den Sententiis a quibus de publ. d. 2. Jun. 1702. und 12. Januar 1803. zu belassen und Revident die Kosten zu erstatten verbunden.

V. R. W.

v. Koenen.

Bayerische StaatsBibliothek
Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Paalzow, Christian L.

Beiträge zur juristischen Praxis

Bd.: 4

Berlin (1806)

Decis. 110 c-5/6
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10397257-6